

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rudinei Baumbach

**Vinculação e discricionariedade
na fixação da pena no regime disciplinar
dos servidores públicos civis da União**

Brasília - DF
2011

Rudinei Baumbach

**Vinculação e discricionariedade
na fixação da pena no regime disciplinar
dos servidores públicos civis da União**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

Orientador: Prof. Nicolao Dino

**Brasília - DF
2011**

Rudinei Baumbach

**Vinculação e discricionariedade
na fixação da pena no regime disciplinar
dos servidores públicos civis da União**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

Orientador: Prof. Nicolao Dino

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/2011, com menção ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Nicolao Dino

Integrante: Prof. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Integrante: Prof. Mamede Said Maia Filho

Suplente: Prof. Jan Yuri Figueiredo de Amorim

Dedico este trabalho
aos meus pais, Lourdes e Erminio Baumbach.

Agradeço ao meu orientador,
professor Nicolao Dino, pela inestimável ajuda.

*A justiça é como uma teia de aranha:
retém os insetos pequenos enquanto os
grandes transpassam e ficam livres.*

Sólon

Resumo

A Lei 8.112/1990 estabelece, em capítulo próprio, o regime disciplinar do servidor público civil da União. Prescreve deveres e levanta proibições, comina penalidades para o desrespeito de uns e outros, e atrela a cada infração, com maior ou menor rigidez, uma específica reprimenda. Focalizada a penalidade demissória, neste trabalho examina-se o regime da fixação da pena previsto no Estatuto, sendo discriminados os âmbitos de discricionariedade reservados ao julgador no cumprimento do dever-poder de reprimir condutas disciplinarmente recrimináveis. Antes de arrostar o tema central, foram empreendidas algumas incursões contextuais indispensáveis. São laboradas breves notas sobre direito disciplinar e examinadas rapidamente as infrações e penalidades previstas na Lei 8.112/1990, e ainda a técnica empregada pelo legislador ao tipificar as faltas disciplinares. Logo em seguida volta-se a atenção aos fins precípuos do estudo, inicialmente trazendo-se à baila algumas achegas da doutrina administrativista sobre o discri-me entre vinculação e discricionariedade. Depois parte-se à identificação das margens discricionárias havidas na aplicação da pena funcional, exercício que começa pelas hipóteses em que se reconhece generalizadamente, sem maiores disputas, aquela prerrogativa. São apontados três casos do gênero, quais sejam, a possibilidade de acerbicar a advertência para pena suspensiva, a estabilização do aspecto quantitativo desta penalidade, e a substituição dela por multa incidente sobre a remuneração. Sobre os ilícitos com hipótese fluida, neles se reconhece hipótese de discricionariedade, embora sob a advertência de que o parecer não implica na defesa da insindicabilidade judicial do ato disciplinar. Na seqüência aparece o cerne da monografia, que aborda a polêmica relativa ao caráter vinculado ou discricionário da pena demissória. Examinado o assunto do prisma penal, em exercício de analogia, constata-se que os parâmetros de aplicação da penalidade, previstos no art. 128 da Lei 8.112/1990, de fato apenas servem à modulação da pena, quando a lei comportar a possibilidade, prevendo sanções alternativas ou quantitativamente variáveis. Da perspectiva legal, assenta-se que a pena demissória, nos limites exegéticos deferidos pela literalidade normativa, deve ser aplicada quando ocorrida infração cominada pela reprimenda. Da ótica constitucional, averigua-se que a Lei 8.112/1990, ao comandar a aplicação da pena demissória em certas hipóteses, não contém nenhuma flagrante violação da Carta, restando intocada, ao menos em exame perfunctório, a presunção de higidez que a legislação desfruta. Conclui-se, enfim, que a fixação da pena capital constitui, diante de ilícito a que se vincule semelhante sanção, ato vinculado, com conteúdo preordenado na lei, inexistindo margem discricionária para a sua comutação por castigo mais leve. Alfim, nota-se que esse parecer não implica petrificação nem mecanização do direito. Mostra-se a viabilidade de se sustentar, quanto às faltas cogitadas na lei de modo preciso, a não-aplicação da norma incidente, porque a regência por ela do caso concreto de traços excepcionais acarretaria em resultado inconstitucional. Já quanto aos ilícitos previstos em hipóteses vagas, aponta-se que os eventuais excessos punitivos podem ser evitados pela correta tipificação do fato, vinculando-o à espécie infracional que permita a inflicção de pena proporcional ao delito.

Palavras-Chave: Direito administrativo, Lei 8.112/1990, direito administrativo disciplinar, direito disciplinar, julgamento, fixação da pena, demissão, vinculação, discricionariedade.

Sumário

Introdução	8
1 Infrações e penalidades no estatuto do servidor público civil da União.....	13
1.1 Notas sobre direito disciplinar.....	13
1.2 Infrações capituladas	17
1.3 Técnica da descrição típica	20
1.4 Penalidades cominadas.....	24
1.5 Fatores influentes na sanção.....	27
2 Vinculação e discricionariedade na fixação da pena disciplinar.....	31
2.1 A discricionariedade no direito administrativo	31
2.2 Âmbitos de discricionariedade no direito disciplinar	35
2.3 Pontos (quase) incontroversos.....	38
2.3.1 Definição do aspecto quantitativo da suspensão	38
2.3.2 Substituição da suspensão por multa.....	39
2.3.3 Agravamento da advertência para suspensão.....	40
2.4 Ilícitos com hipótese fluida: caso de discricionariedade?.....	41
3 Uma proposta para o desate do nó relativo à sanção demissória.....	47
3.1 Delineamento da polêmica e das correntes em liça.....	47
3.2 Subsídios teóricos ao deslinde do problema.....	53
3.2.1 Técnica da fixação da pena no direito penal	53
3.2.2 A solução possível no plano legal	55
3.2.3 Há alguma inconstitucionalidade?	60
3.3 Epílogo: é vinculada a fixação da pena demissória.....	66
4 Notas sobre os meios dogmáticos ao manejo dos casos excepcionais.....	68
Conclusão	73
Referências	79

Introdução

A Lei 8.112/1990 estabelece, em título próprio, o regime disciplinar aplicável aos servidores públicos civis da União. O Estatuto impôs um conjunto de deveres, além de levantar uma série de proibições. Prescreveu, ademais, penalidades para as condutas transgressoras de deveres ou afrontosas a proibições, relacionando, rígida ou flexivelmente, uma espécie de sanção para cada modalidade infracional.

Esta monografia se ocupará com o assunto, debruçando-se especificamente sobre o regime estatuído na Lei 8.112/1990 para a fixação das penas disciplinares. Servirá de fio condutor e balizador ao esforço investigativo o propósito de demarcar os âmbitos de vinculação e discricionariedade na inflição de reprimendas funcionais, enfocando-se a pena disciplinar capital.

O Estatuto comanda sejam considerados, na fixação da pena, a natureza e a gravidade da falta, os danos causados, as circunstâncias e os antecedentes funcionais (art. 128). Sem maiores controvérsias, considera-se que o dispositivo, incidindo sobre falta cominada por advertência, pode lidar o agravamento da penalidade para suspensão (art. 129, *in fine*). Tampouco se disputa que os fatores previstos no art. 128 orientam a estabilização do aspecto quantitativo da penalidade suspensiva (art. 130), nem que essa pena pode ser convolada em multa (art. 130, § 2º).

Intratável é a discórdia dos intérpretes, todavia, quando se cuida de averiguar se é obrigatória a aplicação da pena demissória quando apurado ilícito a que a lei adiante quejando castigo. Dois extremos lógicos delimitam o espectro em que se inserem as variadas exegeses. Pode-se idear, de um lado, que a demissão tenha de ser, sob quaisquer circunstâncias, necessariamente imposta. Pode-se conceber, de outro, que não existe adstringência, donde ser livre a autoridade para efetivar reproche mais leve.

Extrai-se da celeuma, diretamente, o problema de pesquisa: é vinculada ou discricionária a aplicação da sanção demissória quando constatada falta punível abstratamente com semelhante penalidade? Parte-se da hipótese, estritamente heurística, de que se trata, tirante casos excepcionais, de ato vinculado, com conteúdo obrigatório preordenado em hígida imposição legal.

No primeiro capítulo, serão feitas as digressões contextuais indispensáveis à subsequente abordagem da temática central da pesquisa. Não se pretende, claro, exaurir os tópicos explorados, mas apenas enfocar aspectos relevantes aos propósitos essenciais da monografia. Assim, comentários despretensiosos visarão, sobretudo, destacar a polissemia da expressão “direito disciplinar”, aclarando a acepção com que ela é empregada no texto. A posição enciclopédica do direito disciplinar também merecerá reflexões.

Depois virá uma breve exposição acerca dos ilícitos capitulados na Lei 8.112/1990, esquadrinhando-se então a técnica de descrição típica prestigiada na seara, com seus traços distintivos em relação aos parâmetros do campo penal. As penalidades cominadas no Estatuto e os fatores que devem ser considerados na sua aplicação igualmente serão alvo de rápida sondagem.

As lentes de pesquisa serão dirigidas, já no segundo capítulo, ao específico tema da investigação. Anuncia-se indispensável recolher nos autores consagrados algumas lições sobre o vasto e complexo tema centrado no discrimine entre vinculação e discricionariedade. Com os adminículos daí recolhidos será possível averiguar, já com base nos estudos especializados, os âmbitos em que o poder disciplinar se revela conforme os traços de uma ou outra dessas modalidades de expressão das potestades administrativas.

Convém examinar com alguma detença a possibilidade de acerbicar a advertência para pena suspensiva, estudar os parâmetros à dosimetria dessa reprimenda, além de constatar a possibilidade de substituí-la por multa incidente sobre a remuneração. Os pontos não suscitam controvérsia relevante, sendo usualmente identificados como hipóteses de discricionariedade na fixação da pena disciplinar.

Essa mansura contrasta com a variedade das avaliações relativas aos ilícitos previstos em hipóteses vagas, geralmente prenes de conceitos jurídicos relativamente indeterminados. O estudo que se pode fazer a respeito em direito disciplinar acaba desembocando na celeuma maior, pertinente ao direito administrativo em geral, sobre se aqueles conceitos encerram casos de discricionariedade. Não há capacidade, nem ensejo, para destrinchar o intratável problema, de sorte que será necessário adotar uma posição como premissa.

No capítulo terceiro, que constitui o âmago da investigação, será construída uma proposta para o desate do nó relativo à sanção disciplinar capital. Terá lugar, inicialmente, minuciosa descrição da polêmica envolvida do tópico. Buscar-se-á exaurir a doutrina

disciplinar acerca dele, traçando-se panorama acerca do tratamento jurisprudencial que vem recebendo.

Em seguida, sai-se a procura dos subsídios teóricos capazes de contribuir ao desate do problema. No decorrer dessas incursões já se pretende ir avaliando o que os diferentes prismas de análise apontam como solução ao impasse que embala o estudo. Ao final far-se-á o confronto e eventual sopesamento das diferentes perspectivas, registrando-se, em epílogo, o deslinde que finalmente se atinge.

Serão experimentadas três óticas analíticas. De início caberá, visando encontrar saídas por analogia, consultar como se passam as coisas em direito penal no tocante à aplicação e à fixação da pena. Não há porque aventurar-se nas filigranas da questão naquela cidadela. Mas se presume que será proveitoso examiná-la brevemente, já que poderá esclarecer, e isso interessa sobremaneira, o que se deve entender por “aplicação da penalidade”. É para essa atividade que se remete o art. 128 da Lei 8.112/1990, discriminando uma série de variáveis a serem consideradas.

Em seguida o exame se apegará ao plano legal, detendo o foco sobre as disposições pertinentes do Estatuto. Conquanto seja às vezes negligenciado, o exercício parece indispensável, já que todos afirmam que a discricionariedade constitui fenômeno criado pela lei e nela encontrado. Neste passo será relevante perquirir os limites denotativos da lei e divisar as diferentes posições que, idoneamente, poderia albergar. Impende desvelar, muito especialmente, as possibilidades do recurso à interpretação conforme à Constituição como mecanismo hábil à eventual comutação da pena capital por espécie punitiva menor.

No estágio seguinte tentar-se-á localizar as inconstitucionalidades que a Lei 8.112/1990 porventura contenha no que tange às hipóteses a que receitou penalidade expulsiva. Falta espaço para uma inquirição aprofundada caso a caso, como, a rigor, deve ser feito. Haverá utilidade, de qualquer forma, na condução de uma análise fragmentária, que poderá ao menos apontar as eivas evidentes e confrontar os casos que costumam suscitar discórdia.

No quarto capítulo, derradeiro, serão congeminadas alternativas metodológicas para o manejo de casos excepcionais. A tese que prega o caráter vinculado da pena demissória, ao contrário do que se infere à primeira vista, não parece acarretar necessariamente na mecanização do direito, nem força o convívio com injustiças. O estágio da ciência, de mais a mais, não admitiria petrificação da espécie. Há que se entrever as trilhas

dogmáticas capazes de oferecer tratamento justo e constitucional às excentricidades da experiência, que insistentemente teima em fugir aos limites do ordinário, vetor que pauta, e tem de pautar, a ação do legislador.

Palmilhando esse itinerário, a monografia, para ainda ter forças ao arrostar os seus propósitos essenciais, presumirá como leitor ideal aquele familiarizado com direito administrativo e constitucional, deixando, assim, de divagar sobre conhecimentos generalizadamente compartilhados pelos jejunos naquelas áreas da ciência. Quer se aplicar, não debater, essas lições disseminadas, embora subsista o temor de que nem sempre será possível resistir ao desejo de lançar ao menos umas breves notas excursivas, eventualidade para a qual já se adiantam escusas.

A pesquisa se amoldará, essencialmente, aos traços usuais da dogmática jurídica, concebida, consoante as lições de Tercio Sampaio, como um saber tecnológico, conceitual, adstrito ao direito posto e orientado à decidibilidade de conflitos. Embora se trate de um pensamento fechado, normalmente, à problematização de suas premissas, constata-se que tem curso atualmente uma fase de significativas mudanças.

Um novo método vai sendo construído sobre os escombros do positivismo clássico. O paradigma emergente responde por vários nomes, como neopositivismo, neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Trata-se de algo em formação, fluido, impreciso. Sabe-se o ponto de partida, e que a viagem não terminou. O destino, se ele existe, é por todos desconhecido. Não obstante as incertezas, alguns traços neopositivistas, todos correlacionados, já estão razoavelmente claros. Basta notar, por exemplo, a crescente proeminência da Constituição, dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e da argumentação jurídica.

Serão trilhados, crítica e cautelosamente, os caminhos neopositivistas, procurando-se, como convém em épocas de transição, explicitar e fundamentar cada premissa. Vinculada ao direito posto, a pesquisa será marcadamente diretiva, mas não deixará de lançar, no mínimo, eventuais oportunas observações de feição zetética. O risco da esterilidade abstracionista será reduzido pela referência, mesmo que implícita, à lida prática em direito disciplinar.

Preponderará o viés hermenêutico, respeitante à compreensão daquilo que se considera, como premissa, componente do ordenamento. A pesquisa terá por fontes a

legislação brasileira, a jurisprudência na área e a doutrina especializada. A Constituição Federal e, muito especialmente, a Lei 8.112/1990 compõem o material básico de trabalho.

Será delibada a bibliografia neopositivista indispensável, notadamente sobre teoria dos princípios. Para os tópicos gerais de direito administrativo serão compulsados, como convém, os publicistas consagrados na disciplina. Volumes especializados em direito administrativo sancionador terão de ser sondados. A doutrina penalista, em vista das familiaridades entre direito penal e disciplinar, também será ocasionalmente compulsada. Em direito e processo administrativo disciplinar será parâmetro a essencial obra de José Armando da Costa, bem como o laborioso manual de Marcos Salles Teixeira.

A consulta da literatura tem de ser feita naturalmente, mas não se vislumbra por causa disso nenhuma obrigação de confeccionar um texto de cariz compilatório-escolástico-glosador-apologético. Não haverá de faltar a ousadia exigida para se fazer os reparos julgados oportunos e necessários. Averbam-se desde logo as vênias de estilo. A crítica, aliás, não é senão um meio de reconhecer a valia das contribuições aproveitadas.

Diga-se, a propósito, que são raros os trabalhos devotados ao direito administrativo disciplinar. A revisão bibliográfica a respeito não chega a ter muito com o que trabalhar. Vai segura a profecia de que será possível exaurir o estudo da literatura que aborda o assunto nuclear da monografia, que, de resto, ainda não motivou reflexão de fôlego. Geralmente ele é tateado de afogadilho, do que assoma logo em seguida, sem muita clareza, sem muito alicerce, uma posição a respeito. E impera, como já mencionado, um total dissenso. A jurisprudência, no particular, nada fica devendo. Há sentenças para todos os gostos.

A lamentada escassez de estudos sobre o tema, a mixórdia e a polêmica que o afligem, materializam variáveis que, antes de desanimar a providência, justificam o seu enfrentamento. O assunto está aí, com toda a sua manifesta relevância, aguardando que alguém lhe dê atenção séria. É flagrante a oportunidade para uma investigação. São amplos os espaços abertos à colaboração ao seu amadurecimento dogmático.

O cenário de incertezas que o caracteriza enseja a proliferação de soluções casuísticas, abre ensanchas a que os infratores poderosos escapem às penas que merecem, viabiliza ao julgador que se renda aos próprios apelos sentimentais. À medida que cumpra seus objetivos, a monografia colaborará à profilaxia de males do gênero, prestando, portanto, bons serviços à segurança jurídica e à justiça disciplinar.

1 Infrações e penalidades no estatuto do servidor público civil da União

Antes de examinar a metodologia da fixação da pena disciplinar convém, evidentemente, explorar o ambiente jurídico no qual a temática se insere. Este capítulo será devotado à semelhante empreitada. Apresentará rapidamente, portanto, os subsídios contextuais necessários ao melhor manejo do assunto central da monografia.

A atividade desdobra-se em cinco frentes. Inicialmente será percorrida a silhueta sistêmica e institucional do direito administrativo disciplinar. Depois, já no plano da Lei 8.112/1990, serão referidas as infrações previstas, seguindo-se o exame da respectiva técnica de descrição típica. Na sequência serão vistas as penalidades cominadas no Estatuto. Por fim, serão analisados os fatores influentes na estabilização da pena.

1.1 Notas sobre direito disciplinar

Ao contrário do que um estudioso de direito administrativo poderia facilmente imaginar, as expressões “direito disciplinar” e “regime disciplinar”, como outras do mesmo gênero semântico, são bastante plurívocas. No dia-a-dia, são usadas indiscriminadamente para referir as regras que se aplicam aos que estejam vinculados, por título jurídico específico, a determinada instituição. Sem um ambiente dialógico específico, não soa possível, a rigor, sequer a especificação de conteúdo para os aludidos signos. A comunicação apenas se estabelece mediante o complemento, muitas vezes implícito, daqueles enunciados, o que lhes confere exatidão suficiente para que o interlocutor possa saber do que se está tratando.

Definido certo contexto, fala-se, assim, em “regime disciplinar” ou em “direito disciplinar” para reportar-se às regras dessa natureza aplicáveis ao preso, ao advogado, ao servidor público, ao celetista, ao militar, ao estudante de universidade pública etc. Há ensejo, sem dúvida, para cogitar de algum parentesco, muitas vezes distante, entre tais unidades normativas. É o que vaticina, de resto, o fato de elas serem reportadas, cotidianamente, pelas mesmas expressões.

Não teria como ser mais tênue, entretanto, o liame que se pode estabelecer, por exemplo, entre as regras disciplinares do servidor público e os preceitos congêneres aplicáveis ao advogado. As relações comuns entre todos os “regimes disciplinares” ainda não

conduziram à formulação de uma “teoria geral do direito disciplinar”¹. A verdade é que o estudo coletivo de diferentes “direitos disciplinares” apresenta duvidosas possibilidades, correndo, além do mais, sério risco de desaguar em conclusões quer triviais quer evidentes. Só as dramáticas diferenças normativas, como positivadas no direito brasileiro, entre um regime disciplinar e outro já bastam para desencorajar, para dizer pouco, investigação quejanda.

Cada “direito disciplinar” mantém inegável filiação com um ramo maior da ciência, tendo que espelhar nos seus institutos, naturalmente, os princípios que modelam o contexto jurídico a que pertence. Muito razoável que o direito disciplinar aplicável ao servidor público, v. g., seja compreendido levando-se em conta a pertinência sistêmica correlata, quer dizer, tal direito disciplinar tem de ser examinado como capítulo componente do direito administrativo, considerados os fundamentos dessa disciplina.

Aí já se toca o chamado “direito administrativo disciplinar”. A expressão, com mais freqüência, designa o corpo de regras do gênero, processuais e materiais, reitoras do vínculo estatutário. Não há, de fato, maiores preocupações em designar por expressões diversas o direito disciplinar de caráter processual e o direito disciplinar de caráter material. Mais comumente, o termo “direito disciplinar” reporta-se a normas desta espécie e “processo disciplinar” a regras daquela ordem.

Não é nada incomum, porém, que o termo “direito disciplinar” funcione com sentido amplo, ou mesmo processual apenas. A imprecisão terminológica reflete o caráter acentuadamente sincrético do direito administrativo, cuja teoria processual teve desenvolvimento muito mais recente quando comparada ao processo civil, “inexistindo ainda consciência generalizada e percepção inteiramente assimilada da distinção entre o plano substancial e o processual das normas, instituto e fenômenos administrativos”². Mencione-se, de passagem, que a Lei 8.112/1990, no particular, andou bem, acomodando o direito material no Título IV e o direito processual no Título V. As modificações da Lei 9.527/1997, entretanto, não preservaram a organização, já que o rito sumário, então introduzido, foi enxertado no Título IV.

¹ A hipótese afigura-se extravagante, mas não faltou quem tentasse atribuir foros de autonomia à disciplina, articulando “uma doutrina que prega a unidade do direito disciplinar como sistema jurídico, aplicando-se as suas normas a todas as instituições, públicas ou particulares, desde que bem se defina a natureza coletiva da entidade” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1966, p. 100).

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82.

Retomando o fio na meada, constata-se que a contagem do número de ocorrências empíricas averiguaria que a expressão “direito administrativo disciplinar” quase sempre alude, na verdade, especificamente à Lei 8.112/1990, nas partes em que trata de direito disciplinar. Não mereceria grandes censuras o estudioso, menos familiarizado na área, que, passando os olhos sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal, concluísse que direito administrativo disciplinar é sinônimo de Lei 8.112/1990. O mesmo investigador poderia notar que os livros de “direito administrativo disciplinar” se jungem, quase invariavelmente, ao referido Estatuto.

Mas não é correta essa vinculação entre direito administrativo disciplinar e Estatuto da União, embora o liame, falsa sinonímia, pudesse ser justificado, diga-se assim, porque a lei federal serve de arquétipo para estados e municípios e porque a burocracia da União é muito maior, donde ser mais relevante pesquisar o regime disciplinar correlato.

Como quer que seja, o certo é que há normas disciplinares em outras leis federais, com eficácia restrita a determinadas categorias. Mais importante, além disso, é que cada ente da federação legislou, em princípio, o regime disciplinar de seus servidores - sabe-se que a Lei 8.112/1990 é lei federal, de incidência limitada, portanto, aos servidores públicos da União.

Há quem proponha, tentando sistematizar as coisas, discernir entre regime e direito disciplinar: ao “conjunto de normas referentes aos vários institutos de Direito Disciplinar e constantes de um regulamento autônomo ou de uma seção especial de um determinado estatuto do servidor é que se pode denominar regime disciplinar”; já o “Direito Disciplinar, como ciência jurídica, abrange não só o estudo dos vários institutos contemplados nos regulamentos, como também os princípios e fundamentos que, mesmo não positivados em lei, orientam a verdadeira compreensão e interpretação dessas normas”³.

Não se percebe grande proveito na distinção que, como realidade do discurso, é absolutamente desconhecida. As expressões funcionam como equivalentes dentro do campo contextual em que aparecem. Assim também nesta monografia, que, no seu propósito específico, cuidará exclusivamente do regime disciplinar do servidor público civil da União,

³ COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 34-35. Essa substanciosa obra, com sua ambição incomum, propõe-se a estudar os regimes disciplinares existentes no âmbito federal, tanto o “comum” (Lei 8.112/1990) quanto os “especiais” (regulamentos disciplinares do Ministério Público Federal, da Polícia Federal, do Exército, da Marinha, da Aeronáutica e outros mais). Concretamente acaba orbitando, na maior parte, em torno da Lei 8.112/1990.

no que se consideram incluídas, algo tanto evidente na atual quadra da metodologia jurídica, as normas sem base textual, inclusive, ou melhor, em especial as constitucionais⁴.

Interessa de imediato a Lei 8.112/1990, mas também os preceitos da Constituição Federal que informam o vínculo estatutário, além dos fundamentos do direito administrativo disciplinar, capítulo discernível da ciência jurídica, situado no âmbito do direito administrativo. Não serão investigados os regimes de categorias civis específicas, nem os regulamentos dos corpos que constituem as Forças Armadas, nem as normas disciplinares estaduais e municipais. Da circunstância não deflui, entretanto, que as descobertas baseadas na Lei 8.112/1990 são necessariamente ineptas em relação a outros regimes. O que pode ser aproveitado, com eventuais adaptações, cresce à proporção que o sistema em vista se pareça com o regime civil federal.

Pode-se conceituar o direito (administrativo) disciplinar, neste ambiente discursivo, com José Armando da Costa, “como o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”⁵. A definição é suficiente aos fins visados, embora pudesse ser alvejada com alguns reparos, como dedutível das reflexões consignadas acima⁶.

Dois aspectos do conceito merecem realce. Em primeiro lugar, insta ter em conta a inserção sistêmica do direito disciplinar, tópico especial do direito administrativo, que deve ser entendido, portanto, conforme essa posição orgânica. Não convém distrair-se com as peculiaridades do direito disciplinar e, assim, irmaná-lo ao direito penal esquecendo-se do direito administrativo. Tampouco serve entreter-se exclusivamente com os vetores mais gerais do direito administrativo, olvidando-se das singularidades do direito disciplinar e sua feição predominantemente sancionatória.

Aliás, já houve quem defendesse a filiação do direito disciplinar ao direito penal, em vez do direito administrativo, posição que, em retrospectiva, parece bastante extravagante. Themistocles Brandão Cavalcanti, fazendo um apanhado da discussão a respeito, concluía, há bastante tempo, que somente autores muito antigos admitiam a confusão entre direito penal e

⁴ Está se disseminando a lição de que não há que se confundir direito com texto, norma com dispositivo. “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30).

⁵ COSTA, José Armando da, **Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 32.

⁶ Por exemplo, o conceito toma “direito administrativo disciplinar” por “direito disciplinar”, embora o autor reconheça que a matéria seja de interesse também de instituições particulares, com as devidas diferenciações, o que não é, entretanto, abrangido pela obra (Ibid., p. 33-34).

disciplinar⁷. Curiosamente, talvez a expressão “crime de responsabilidade”, que designa, também, infrações político-administrativas, seja resquício daqueles tempos de confusão entre direito penal e direito administrativo.

Em segundo lugar, calha perceber a inclinação finalista do direito administrativo disciplinar, qual seja, a preservação da normalidade do serviço. Ele tem por objetivo “regular precisamente a ordem interna do serviço público, o comportamento dos seus servidores e o regime hierárquico que está na base do direito administrativo.”⁸ O poder disciplinar, quando designado em linguagem propriamente jurídica, como convém, não é mais do que o próprio direito disciplinar. Tal poder, o braço armado do princípio hierárquico, por assim dizer, é exercido conforme e nos limites do direito disciplinar⁹.

1.2 Infrações capituladas

A Lei 8.112/1990 estatui, no art. 116, um rol de deveres e, no art. 117, lista um conjunto de proibições ao servidor público. Não se conhece alguém que tenha avistado o critério lógico que eventualmente iluminou semelhante organização da matéria. É evidente que o dever implica a proibição da conduta que lhe seja contrária, e que a proibição acarreta no dever de não praticar o ato descrito.

A distinção se resume, a rigor, no modo de formulação lingüística do enunciado normativo. O comando que prevê o dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”, p. ex., poderia ser estatuído, sem mudança substancial de sentido, mediante a estipulação de uma proibição de “exercer com desleixo as atribuições do cargo”. O imperativo que proíbe recusar fé a documentos públicos, mais um exemplo, poderia ser imposto mediante a fixação do dever de dar fé a documentos públicos.

Seria possível especular, com Edmir Netto de Araújo, que os “deveres funcionais representam normas de conduta (atitude ativa) do servidor, apontando para ele a forma ideal e regulamentar para o desempenho de suas atribuições públicas” e as “vedações ou proibições, que Masagão denomina deveres negativos do servidor, dizem o que, quando nessa qualidade,

⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, **Direito e processo disciplinar**, op. cit., p. 103.

⁸ Ibid., p. 8.

⁹ Diz-se, p. ex., que o poder disciplinar, decorrendo da hierarquia no que diz respeito aos servidores, “é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 105). Poucas adaptações fariam uma definição razoável de processo administrativo disciplinar, ou seja, de direito administrativo processual disciplinar, cuja existência apenas faz sentido caso haja um direito material do mesmo gênero.

ele não pode fazer ou praticar, representando portanto um freio (atitude de abstenção, inércia), à conduta do agente”¹⁰. Mas o fato é que, como obtempera Themistocles Brandão Cavalcanti, citado também por Araújo, nem sempre é fácil distinguir entre obrigação e proibição, afinal, “também proibido é deixar de cumprir aquilo que é dever e, assim, a falta de cumprimento de uma obrigação correspondente, na esfera disciplinar, a uma falta da mesma natureza que fazer aquilo que é proibido”¹¹.

A infração de dever funcional suscita, em princípio, a aplicação de advertência, o que poderia então justificar o trato em separado. Sucede que a violação de algumas proibições atrai a mesma reprimenda. Não serviu a pena cominada de critério de catalogação, portanto, e outro não se consegue lobrigar.

Como quer que seja, eis os deveres do servidor público, como pontuados no art. 116 do Estatuto:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- II - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;
- IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.
- VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
- VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
- IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- X - ser assíduo e pontual ao serviço;
- XI - tratar com urbanidade as pessoas;
- XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Estas são as proibições a que está submetido o servidor, enunciadas no art. 117 da Lei 8.112/1990:

- I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;
- II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- III - recusar fé a documentos públicos;
- IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
- V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
- VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
- VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
- VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

¹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 59 e 72-73.

¹¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, **Direito e processo disciplinar**, op. cit., p. 137.

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei 11.784/2008)

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado (Incluído pela Lei 9.527/1997).

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei 11.784/2008)

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

O art. 132 da Lei 8.112/1990 indica as infrações que devem ser sancionadas com a pena demissória. Boa parte do dispositivo, entretanto, descreve hipóteses inexistentes alhures. Não se basta, pois, na indicação da pena cabível em resposta à violação de deveres já descritos ou à desobediência de vedações já impostas. Acaba explicitando, na realidade, várias novas proibições. Confira-se:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

O catálogo de deveres e proibições, como previsto no Estatuto, não é exaustivo. Várias categorias são regidas, complementarmente, por normas específicas. É o caso, *v. g.*, do servidor que exerce funções de controle externo no Tribunal de Contas da União, que deve manter, no desempenho de suas tarefas, atitude de independência, serenidade e

imparcialidade; representar à chefia imediata contra os responsáveis pelos órgãos e entidades sob sua fiscalização, em casos de falhas e/ou irregularidades; propor a aplicação de multas, nos casos previstos no Regimento Interno; guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à chefia imediata (Lei 8.443/1992, art. 86).

1.3 Técnica da descrição típica

O penalista poderia ficar surpreso diante da forma como o direito disciplinar maneja a definição legal das condutas que merecem censura. É claro que semelhante reação estaria assentada na suposição, equivocada, de que a tutela disciplinar tem de espelhar a metodologia do direito penal. Embora não se negue a afinidade entre os dois ramos do direito, já não se contende que o direito administrativo disciplinar deve ser compreendido nos seus próprios termos, que são realmente, quando se toma o modelo penal por referência, bastante particulares.

A seara disciplinar não se submete ao princípio da legalidade em sentido estrito ou, quando menos, não se estrutura conforme os caracteres atribuídos ao princípio no âmbito penal: ali a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* “não encontra guarida integral, é muitas vezes ignorada e a precisão da tipificação criminal é, em muitos casos, deliberadamente relegada”¹²⁻¹³. Vários aspectos conferem fisionomia própria à legalidade disciplinar. O mais óbvio deles está no fato de que a violação de regras estatuídas em diplomas infralegais também importa em penalidade: a advertência será aplicada nos casos de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave (Lei 8.112/1990, art. 129).

Curiosamente, a cominação de reprimendas à afronta de deveres prescritos em normas infralegais é quase que supérflua. A circunstância é devida a outra característica do direito disciplinar. Em geral, as irregularidades são descritas de modo mais ou menos vago, donde emergir a viabilidade de correlacionar a cada preceito uma amplitude variada de

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de, **O ilícito administrativo e seu processo**, op. cit., p. 233.

¹³ Nilo Batista aponta quatro funções ao princípio da legalidade, quando visto pelo prisma da garantia individual: primeira, proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); segunda, proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); terceira, proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); quarta, proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) (**Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 68 et seq.).

condutas empiricamente verificáveis. Quem pretender idear um fato absolutamente estranho às hipóteses lançadas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei 8.112/1990 vai sofrer tremendos apuros.

No direito disciplinar não há “tipos”, propriamente, se assim forem chamadas as regras talhadas de modo objetivo, preciso e pormenorizado, à moda daquelas que cogitam de crimes. Essas têm de conter, sobre atenderem ao princípio da legalidade como compreendido na cidadela penal, parâmetros exatos, que projetem uma conduta bastante definida. Os preceitos funcionais não são pautados por semelhante diretriz. É dispensável que o ilícito seja tracejado com exatidão. Algumas infrações são minuciosamente delimitadas. Algumas apresentam rara vagueza. A grande maioria fica entre um extremo e outro. Enfim, “o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositalmente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos.”¹⁴

Porque prenhe de normas afeitas à cobertura de uma base factual ampla, o direito disciplinar acaba operando segundo uma dinâmica subsuntiva apenas relativamente alinhada à técnica da tipicidade. Não há que se exigir a plena correspondência do fato com uma hipótese normativa, ou melhor, freqüentemente não há como fazer com que o exercício de subsunção resulte em encaixe perfeito, afinal a premissa maior não apresenta fronteiras claras. Se não há tipo, não pode haver tipicidade¹⁵.

Afirma-se, com muita sensatez, que “a regra da relativa tipicidade do Direito Disciplinar encontra maior receptividade jurídica nas hipóteses de punições leves”¹⁶. É duvidoso, todavia, que a salutar diretiva possa ser seguida com muita severidade. Boa parte das transgressões cominadas com demissão também está desenhada, como revela a mera leitura do art. 132 da Lei 8.112/1990, com algum grau de inexatidão. Nessas condições,

¹⁴ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42.

¹⁵ Diante do panorama, há quem proponha uma terminologia alternativa, própria ao direito administrativo disciplinar, para tratar do jogo subsuntivo. Marcos Salles Teixeira, p. ex., usa “enquadrar” e “enquadramento” para, acentuando as peculiaridades do campo disciplinar, dispensar os termos derivados do radical “tipo”, correntes nas quadras do direito penal (**Anotações sobre processo administrativo disciplinar**. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/>, sob o título “Manual de PAD - Apostila de Texto”. Acesso em: 12 mai. 2009, versão de abr. 2009). Embora a proposta seja tentadora, prefere-se seguir a maior parte da doutrina especializada, que emprega as expressões oriundas do ramo penal, afirmando, p. ex., que o direito disciplinar caracteriza-se por sua “tipicidade relativa”. O empréstimo dos signos não implica, evidentemente, unidade metodológica. Não deixa de ser intrigante, aliás, que certas áreas do direito tenham desenvolvido, para uso privativo, nomes de significado aproximado aos de “*fattispecie*” e de “fato”. No direito penal fala-se em tipo e fato típico, servindo a expressão “tipicidade” para designar a correspondência entre um e outro. O direito tributário também tem signos próprios: usa-se hipótese de incidência e fato gerador (ou fato impositivo).

¹⁶ COSTA, José Armando da. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

forçoso é conviver com a circunstância de sempre. Mesmo nos casos de demissão, não há como se exigir milimétrica correspondência entre a conduta verificada e a hipótese infracional descrita na lei.

A tipicidade relativa do direito disciplinar tem suas vantagens e justificativas. Permite conferir, com pouco esforço legislativo, ampla abrangência tutelar ao correto funcionamento do serviço, resultando, além do mais, segundo entende-se generalizadamente, em margem de discricionariedade no exercício do poder disciplinar, que pode, então, ser exercido com sensibilidade ao caso concreto¹⁷. São contradições em doutrina referências à dificuldade de prever todas as condutas censuráveis ou ponderações no sentido de que estão sob foco “os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado”¹⁸.

Estas desculpas não são de todo convincentes. Seria da mais alta conveniência empregar maior exatidão nos delitos puníveis com demissão. As vantagens disso seriam muitas. A apuração seria facilitada. O trabalho de tipificar seria simplificado. Os prognósticos de acerto na pena disciplinar, e de uniformidade no tratamento para condutas análogas, aumentariam sobremaneira.

O certo é que não são poucos os problemas jurídicos que a tipicidade relativa faz emergir. Com grande frequência o intérprete depara-se com sérias dificuldades em qualificar juridicamente os fatos. Sobram opções normativas e, conseqüentemente, espaço ao arbítrio, ao abuso e à condescendência¹⁹. Veja-se, *e. g.*, a intimidade semântica entre o dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição (Lei 8.112/1990, art. 116, VIII) e a proibição de revelar segredo apropriado em razão do cargo (Lei 8.112/1990, art. 132, IX). Muitos outros exemplos poderiam ser mentados. Eis mais alguns, entrevistados por Marcos Salles Teixeira:

a comprovação fática de má execução de determinada tarefa tanto pode configurar uma atitude de ínfimo poder ofensivo à normalidade administrativa que nem provoque a instauração da esfera disciplinar; quanto pode ser considerada falta de zelo (art. 116, I); quanto pode, no limite, vir configurar desídia (art. 117, XV). Ausências ao serviço tanto podem ter apenas repercussão pecuniária, quanto podem configurar falta ao dever de ser assíduo e pontual (art. 116, X), como podem, no

¹⁷ É quase unânime a afirmação de que a relativa tipicidade do direito administrativo disciplinar encerra caso de “discricionariedade”. O tópico será retomado mais adiante.

¹⁸ LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 74.

¹⁹ Parece contemporânea a notícia de Vicente Ferrer Correia Lima, publicada há mais de meio século, de que tinha “verificado falta de unidade na condução de processos administrativos; injustiças flagrantes; proteções e perseguições abomináveis; erros grosseiros e insanáveis, bem como revisões descabidas. Tudo isso pelas mais variadas causas e, sobretudo, porque a legislação é omissa e a administração alheia, inteiramente, a tão importante problema que, se é preponderante para o Estado, não o é menos para o funcionário público” (**Ensaio jurídico sobre o processo ou inquérito administrativo**. Brasília: DASP, 1969, p. 10).

limite, configurar abandono de cargo ou inassiduidade habitual (art. 132, II e III). Um ato contrário à norma tanto pode ser inobservância de norma (art. 116, III), como pode ser apenas rito de passagem para ‘valer-se do cargo para lograr proveito irregular’ (art. 117, IX). Um ato de quebra de relação de confiança tanto pode ser apenas quebra do dever de lealdade (art. 116, II), como pode configurar cometimento de atividade incompatível (art. 117, XVIII), quanto pode ser ato de improbidade (art. 132, IV). Ao destruir um bem público, pode se estar diante tanto de falta de zelo (art. 116, VII) quanto de dilapidação do patrimônio (art. 132, X).²⁰

Apesar do seu rigor conceitual e amadurecimento dogmático, não são raras as vezes em que o direito penal tem de constatar os limites dos critérios existentes para a solução de conflitos aparentes de normas. Também o direito administrativo disciplinar se vale dos princípios da alternatividade, da consunção, da especialidade e da subsidiariedade para superar embaraços do gênero²¹. Dada a sua contextura própria, não faz espécie que os resultados atingidos com a aplicação daqueles parâmetros sejam bastante modestos.

Outros meios têm de ser empregados, afinal a multifária tipificação de um mesmo fato não pode ser admitida ou, pelo menos, tem de constituir resultado excepcionalíssimo²². Mas não há nenhum caminho seguro a palmilhar. O vetor subjetivo pode ser enfocado e, assim, servir à superação de alguns impasses. As circunstâncias do ilícito também podem oferecer algum norte. Nalgumas oportunidades, porém, nada resta senão subverter a ordem costumeira e, assim, definir a pena condigna à justa retribuição da conduta e, depois, ajeitar o fato no conforto de uma das opções disponíveis. De resto, a visão clínica, ou realista, diria que esse é, na verdade, o padrão comportamental do julgador disciplinar e também, até certo ponto, do juiz penal, no que tange à fixação da pena entre o piso e o teto legais. Como quer que seja, o certo é que no ponto o direito disciplinar, em nada ajudado pela técnica legislativa, oferece provas inequívocas de sua indigência científica.

Vem a propósito notar que alguma doutrina deposita, como solução para tipificações complexas, exagerada importância na verificação do ânimo subjetivo do servidor. Nessa proposta, em casos de conflito de normas que prevejam advertência e demissão, a individuação do preceito incidente “reside basicamente na configuração do elemento

²⁰ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 284.

²¹ Fábio Medina Osório, p ex., alude a tais princípios como critérios aptos ao enfrentamento de situações em que haja concurso aparente de normas repressivas (**Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 293 et seq.).

²² José Armando da Costa censura veementemente o hábito, bastante comum, de tipificar certa conduta irregular em dois, ou mais, dispositivos. O expediente pode vir a estorvar o direito de defesa, além de constituir conhecida estratégia para, irregularmente, afastar a prescrição. Daí porque, pontifica o publicista, essa “indevida duplicidade de incidência caracteriza o *bis in idem*, solução intolerável não apenas pelo direito penal, como também pelo direito em geral” (**Incidência aparente de infrações disciplinares**, op. cit., p. 56. Cf., ainda, o cap. 5).

subjetivo do infrator: se agiu com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência) ou se agiu com dolo (com intenção e consciência do resultado ou assumindo o risco do resultado)”²³.

Não há dispositivo, entretanto, que confira sustentação a semelhante teoria, construída, ao que parece, de “trás para frente”, a partir da consideração da penalidade prevista: se é advertência, então tal dispositivo supõe (implicitamente) que o ato seja culposos; se é demissão, então o preceito exige (implicitamente) ação dolosa. Quer se crer na primazia dos critérios usuais para o deslinde de conflitos aparentes de normas. Ademais, tem-se que todos os deveres funcionais podem ser violados dolosamente sem que se possa cogitar de demissão. E que quase todas as proibições, pela forma como estão descritas, ou pela natureza da conduta prevista, sequer são passíveis de afronta mediante ação culposa.

1.4 Penalidades cominadas

O art. 127 da Lei 8.112/1999 prevê, em rol taxativo, as seguintes penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

Pena mais branda prevista no Estatuto, a advertência, esclarece o art. 129 da Lei 8.112/1990, “será aplicada por escrito, casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”. O dispositivo torna evidente que os deveres previstos na Lei 8.112/1990 não são, ou podem não ser, os únicos: mesmo atos infralegais podem impor deveres, dentro, naturalmente, dos limites do poder normativo da Administração²⁴.

A suspensão, de gravidade intermediária, “será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias” (Lei

²³ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 284. Cf., também, p. ex., p. 285, 299 e 324.

²⁴ No Estatuto revogado, Lei 1.711/1952, a pena mais leve, que devia ser aplicada por escrito nos casos de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres, era chamada de “repreensão” (art. 201, I, c/c art. 204).

8.112/1990, art. 130). Segundo a dicção amplamente dominante, esse reproche também tem lugar quando a infração, que seria em princípio punível com advertência, justificar a imposição de penalidade mais grave (Lei 8.112/1990, art. 129, *in fine*). Ela consiste “exatamente no afastamento compulsório temporário [...] do funcionário faltoso, com perda do vencimento correspondente aos dias de afastamento, e outras conseqüências de ordem funcional.”²⁵

Quando conveniente ao serviço, a pena suspensiva “poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço” (Lei 8.112/1990, art. 130, § 2º). Nota-se, assim, que a relação contida no art. 127 não é verdadeiramente exaustiva. A multa tem manifesto caráter punitivo. É uma sanção, certamente, embora subsidiária, já que sempre relacionada à suspensão. Toma-lhe o lugar, por decisão discricionária, substituindo-a: “como prevista na Lei nº 8.112/90, não constitui modalidade de apenação autônoma, mas forma alternativa, substitutiva, aplicada no exclusivo interesse da administração, e na consideração única de que o afastamento do servidor afetar o serviço”²⁶.

A lei preceitua que a pena suspensiva se impõe quando houver “violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão” (art. 130). Sucede que, consoante dispõe o art. 129 do Estatuto, desrespeito às proibições constantes do art. 117, I a VIII e XIX, acarreta na pena de advertência. Aliás, quiçá por aí se encontre o critério que o legislador tentou seguir ao confeccionar um rol de deveres e outro de proibições: desobediência a dever seria sancionada com advertência, e afronta a proibição com suspensão, excetuados os casos de demissão. A redação do art. 129, que tem de prevalecer porque encerra *lex mellius*, destrói a aparente tentativa de sistematização.

De toda a sorte, a lembrança do disposto no art. 129 impõe a conclusão de que, na verdade, a suspensão deve ser aplicada quando violadas proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão nem a de advertência. Donde, no final das contas, o caráter absolutamente residual da pena suspensiva. Com efeito, fora a hipótese do § 1º do art. 130²⁷, excluídos os casos de demissão e, em princípio, advertência, o Estatuto prevê apenas

²⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de, **O ilícito administrativo e seu processo**, op. cit., p. 192.

²⁶ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, **Regime disciplinar do servidor público civil da União**, op. cit., p. 59.

²⁷ O § 1º do art. 130 manda que seja “punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação”. Trata-se de disposição *sui generis*, entrelaçando uma sanção punitiva e, sucessivamente, uma sanção premial de efeito contrário. A regra é anômala,

dois casos em que a suspensão se apresenta como a pena originalmente cabível, consoante disposto no art. 117, XVII e XVIII: cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias, e exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho²⁸.

É lamentável que assim seja. Melhor seria se a suspensão fosse a pena geralmente atrelada aos ilícitos graves, cogitados na lei com alguma minudência. Isso por uma razão bastante trivial: é apenas a pena suspensiva que, pela variação no número de dias da reprimenda, admite gradação e que pode, assim, sem heresias exegéticas, bem servir ao princípio da individualização da pena. A péssima técnica legislativa da Lei 8.112/1990 em direito disciplinar dispensa que o estudioso, pensando de *lege ferenda*, gaste muitas energias para imaginar um arranjo superior ao que aí está posto. Uma organização promissora, p. ex., disporia sobre os deveres, cominando advertência ao seu desrespeito, traria um longo elenco de hipóteses de suspensão, com conceitos mais abertos, e disciplinaria em rol modesto e taxativo, com definições precisas, os casos de demissão, deixando claro que o preenchimento da hipótese acarreta, necessariamente, a consequência.

A demissão, a cassação de aposentadoria, a cassação de disponibilidade e a destituição de cargo em comissão constituem as penas disciplinares capitais. O art. 134 do Estatuto dispõe que será “cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”. Demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, portanto, atrelam-se aos mesmos ilícitos, variando apenas a condição do servidor infrator: a demissão se aplica ao servidor na ativa e a cassação ao servidor inativo, aposentado ou em disponibilidade. Já a destituição de cargo em comissão é aplicável ao servidor que o ocupe e que não detenha cargo efetivo, “nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão” (Lei 8.112/1990, art. 135). O preceito tem escassa utilidade ao mencionar a sanção suspensiva, afinal, como visto, são apenas dois delitos por ela cominados.

Calha advertir, neste passo, que é por mera comodidade na comunicação, para a adequada fluência do texto, que se reporta às vezes tão-só à pena demissória, sem referência

“uma vez que o seu legítimo escopo não é propriamente punir, e sim coagir o servidor a submeter-se à inspeção médica” (COSTA, José Armando da, **Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 377).

²⁸ A lição de Teixeira é bem didática: “Nas listas de infrações dos arts. 116, 117 e 132, descartando-se as hipóteses expressas de aplicação originária de advertência (qualquer inciso do art. 116 e incisos I a VIII e XIX do art. 117) e de aplicação de pena capital (incisos IX a XVI do art. 117 e art. 132), por exclusão, restam originalmente puníveis com suspensão apenas os incisos XVII e XVIII do art. 117, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90” (**Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 413).

às outras sanções capitais. Os temas e os problemas examinados ao longo deste estudo tocam também, evidentemente, à cassação de aposentadoria, à cassação de disponibilidade e à destituição de cargo em comissão. Pode-se dizer que se trata, no fundo, da mesma reprimenda, que recebe nomes diferentes conforme a situação funcional do punido.

Afinal, todas as penas capitais importam na destruição do vínculo entre servidor e Administração, possuindo elas, portanto, natureza expulsiva ou revocatória, ao contrário da advertência e da suspensão, que têm caráter corretivo²⁹. Devem ser reservadas, portanto, apenas às transgressões mais graves, que corrompam a dimensão fiduciária da relação estatutária. É de manifesta conveniência, assim, que a definição dos casos merecedores de sanção máxima não fique na dependência das veleidades do julgador. Entende-se, desse modo, o remanso em torno da inteligência de que tem caráter exaustivo o rol de casos puníveis com pena máxima, já colacionado, previsto no art. 132 da Lei 8.112/1990.

O Estatuto alude ainda, como espécime de pena, à destituição de função comissionada. Esqueceu-se, entretanto, de vocalizar quais condutas seriam censuradas com a reprimenda, de modo que se trata de caso envolvendo letra morta, quer dizer, natimorta. Especula-se que “a intenção do legislador talvez fosse de que essa pena se aplicasse a atos praticados exclusivamente associados ao exercício da função de confiança, dissociados de seu cargo efetivo”. O certo, porém, é que “restou inaplicável, pois a Lei, nos artigos seguintes, não cuidou de expressar hipóteses de sua aplicação”.³⁰

Registre-se que a pena capital decorrente da infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos (Lei 8.112/1990, art. 137). E que, segundo a letra do Estatuto, não pode retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por afronta do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI (Lei 8.112/1990, art. 137, p. u.).

1.5 Fatores influentes na sanção

²⁹ Edmir Netto de Araújo, recolhendo lições doutrinárias, classifica as penalidades disciplinares, quanto à finalidade, em corretivas, “que visam a emenda e a recuperação do servidor infrator, que continua no serviço público após a sanção aplicada.”; expulsivas, que “protegem o cargo ou função, e o serviço público em geral, objetivando ao desligamento do servidor dos quadros da Administração, tal o grau de incompatibilidade com o serviço gerada pela natureza gravíssima da falta praticada”; e revocatórias, que tem curso quando “a Administração revoga, na salvaguarda do interesse público, uma situação já estabelecida para o servidor (ou inativo)” (**O ilícito administrativo e seu processo**, op. cit., p. 191).

³⁰ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 408.

Na aplicação das penalidades, estatui o art. 128 da Lei 8.112/1990, “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Trata-se de “uma clara menção à individualização da pena”, embora ausentes “critérios gerais e condições de agravamento ou abrandamento da penalidade”³¹. De fato, o Estatuto não define as categorias enunciadas no dispositivo, nem regula como e quanto devem repercutir na pena. O laconismo da lei, ou mudez, faz com que a matéria, especialmente no tocante às circunstâncias, seja tratada com absoluta desuniformidade conceitual e sistemática. Melhor seria, como pondera Edmir Netto de Araújo, “que essa faixa discricionária fosse reduzida, auxiliando-se assim a autoridade na gradação da pena”³².

A referência à natureza da infração como fator a ser considerado na aplicação da penalidade deve estar equivocada. Trata-se de questão evidentemente ligada ao momento da tipificação da conduta. É naquela altura que se deve considerar a natureza do ilícito, quer dizer, sua essência ontológica, seu núcleo empírico, fazendo-se, então, sua catalogação numa das hipóteses previstas. Não faz sentido que o aspecto seja retomado na aplicação da sanção: já chega aí devidamente considerado, quer dizer, o legislador já levou em conta a natureza da infração para fixar os limites punitivos correspondentes.

Ao contrário do que sugere o dispositivo, a gravidade da infração, por coerência sistêmica, nem sempre pode ser levada em conta na aplicação da pena. Todo ilícito comporta, por assim dizer, uma gravidade conatural, ínsita à própria natureza da infração, que não pode repercutir na fixação da pena, porque já ponderada na lei. Seria *bis in idem*, intolerável. Porém, desde “que não seja parte elementar da transgressão, pode a gravidade servir como circunstância para agravar a punição”³³. Na realidade, a menção à gravidade do ilícito é totalmente supérflua, já que o conteúdo que se conseguiria relacionar-lhe também se pode estreitar, diante da falta de definições legais, às circunstâncias agravantes ou atenuantes.³⁴

Igualmente ociosa é a alusão aos danos, pelo mesmo motivo. Quanto a eles, de resto, valem, *mutatis mutantis*, todas as ressalvas consignadas em relação à gravidade da infração. Os prejuízos naturalmente concretizados com a irregularidade não podem modular a

³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de, **O ilícito administrativo e seu processo**, op. cit., p. 189.

³² Ibid., p. 190.

³³ COSTA, José Armando da, **Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 308.

³⁴ Em doutrina, colhe-se, ilustrativamente, a posição, que não pode ser abonada, de que a natureza e a gravidade da infração devem ser consideradas na dosagem da pena de suspensão, no agravamento da advertência para suspensão, além de repercutirem no momento da “aplicação das atenuantes” (DENYS, Debora Vasti S. Bomfim; LINS, Adriane de Almeida. **Processo administrativo disciplinar**: manual. Belo Horizonte: Fórum, 2007).

sanção. Quando compõem a definição legal do ilícito, como uma de suas elementares, não faz sentido que voltem à baila na aplicação da penalidade.³⁵

A lei não arrola as circunstâncias agravantes e atenuantes que, segunda determina, devem ser consideradas no julgamento. É no mínimo desconfortável essa paisagem. Ao menos as agravantes deveriam merecer maior atenção do legislador. O desenvolvimento do tema, de todo jeito, acaba ficando por conta da jurisprudência e, muito especialmente, da doutrina, que exhibe soluções bastante variadas. Para fins ilustrativos, veja-se o magistério de Teixeira, consoante o qual, por exemplo, em tese, pode funcionar como circunstância agravante o exercício de função comissionada, como atenuante a existência de problemas na vida pessoal do servidor, e como agravante ou atenuante, conforme o caso, as condições laborais, o grau de capacitação do servidor, e o seu tempo de experiência na área técnica em que perpetrar o ilícito.³⁶

Uma sistematização poderia ser feita mediante a importação o quanto possível, com os ajustes necessários, da legislação penal, muito mais detalhada³⁷. Assim, seriam circunstâncias a serem ponderadas, p. ex., a confissão, os motivos e as conseqüências do ilícito, a liderança na ação delituosa conduzida em concurso, o comportamento da Administração etc.

Os antecedentes funcionais são tratados separadamente na lei, embora pudessem ser havidos, também eles, como circunstâncias agravantes ou atenuantes. São antecedentes positivos, sem dúvida, os elogios registrados nos assentamentos funcionais do servidor. Também o desempenho pretérito excepcional pode ser levado em conta, faltando, entretanto, alguma restrição temporal definida em lei, que seria salutar. José Armando da Costa considera que se “o servidor nunca foi punido disciplinarmente, há de se inferir, a *contrario sensu*, que ele tem bons antecedentes.”³⁸ A libérrima exegese não merece aprovação por um motivo trivial: os antecedentes funcionais podem ser neutros, quer dizer, nem positivos nem negativos.

³⁵ Tratando do assunto, José Armando da Costa conclui que os danos efetivamente concretizados, em regra, devem ser considerados na aplicação da pena, afinal os ilícitos administrativos são geralmente formais, quer dizer, o dano não faz parte de suas elementares (**Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 308-309). O raciocínio não desperta antagonismo, mas merece ulteriores exames, apesar de bastante disseminada, a lição de que a maioria dos ilícitos disciplinares tem natureza formal. Seria preciso fazer um exame caso a caso, inclusive problematizando a importação do *discrime*, traçado pela doutrina penal, entre ilícitos de mera conduta, formais e materiais.

³⁶ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 398.

³⁷ Cf., no Código Penal: arts. 59 (circunstâncias judiciais), 61 (agravantes), 62 (agravantes no caso de concurso de pessoas) e 65 (atenuantes). Na legislação penal as conseqüências do ilícito, os antecedentes, a conduta social do infrator e a reincidência são tratados como circunstâncias, não como categorias à parte.

³⁸ COSTA, José Armando da, op. cit., p. 311.

As penalidades fulminadas pela prescrição, devidamente apuradas, obram como maus antecedentes. É a única utilidade que se pode tirar do registro, nos assentamentos do servidor, das pretensões punitivas prescritas, providência ordenada pelo art. 170 da Lei 8.112/1990. Aliás, não há prazo para o cancelamento do registro previsto no dispositivo. Mas não se concebe que seja eterno, sendo viável proceder à colmatação da lacuna por meio da aplicação analógica do art. 131: os registros serão cancelados após o decurso de três e cinco anos, conforme se trate, respectivamente, de advertência e de suspensão.

Excluída a hipótese das faltas prescritas, perfeitamente defensável, seria forçoso concluir que não há nada a ser tido como maus antecedentes, contemplando a lei, portanto, uma referência a conjunto vazio. Fatos não apurados é que não podem constituir maus antecedentes. E a reincidência constitui categoria própria, que pressupõe falta devidamente apurada e punida, com registro íntegro, ou seja, ainda não cancelado.

A propósito, o Estatuto dispõe que a reincidência de faltas punidas com advertência deve ser reprimida com suspensão (art. 130). É a única vez que alude ao instituto. Entende-se que não há necessidade de cometimento da mesma falta para a caracterização da reincidência, que é, portanto, genérica, ou seja, configura-se “quando, do cometimento de uma segunda irregularidade, qualquer que seja, punível com advertência”³⁹.

³⁹ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 414.

2 Vinculação e discricionariedade na fixação da pena disciplinar

É discricionária ou vinculada a fixação da pena disciplinar? Neste capítulo vai-se começar o enfrentamento da questão nuclear da monografia. Primeiro será traçado um panorama acerca da discricionariedade em direito administrativo. Com as achegas colhidas em doutrina, poderá ser perquirida, então, a Lei 8.112/1990 com o fim de se identificar os aspectos discricionários do poder disciplinar.

Depois dessa sondagem prefacial, caberá examinar cada uma das hipóteses de discricção relativas à fixação da penalidade. O itinerário será organizado conforme o grau de controvérsia e dificuldade de cada ponto. Inicialmente serão analisadas as questões relativamente pacíficas, seguindo-se breve exposição acerca da possibilidade de entrever espaço discricionário na contextura aberta das infrações disciplinares. Competirá ao capítulo seguinte lidar com o tópico mais tormentoso do assunto, relativo ao caráter, vinculado ou discricionário, da inflicção da pena demissória.

2.1 A discricionariedade no direito administrativo

No conceito clássico de Hely Lopes Meirelles, poder vinculado ou regrado “é aquele que o direito positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.”⁴⁰ Já poder discricionário “é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”⁴¹

Como reparam à unanimidade os autores contemporâneos, discricionariedade e vinculação não constituem propriamente poderes da Administração. As expressões designam, na verdade, a compleição com que as diferentes potestades administrativas podem ser dispostas na lei. A “terminologia ‘poder vinculado’ e ‘poder discricionário’ é mantida por mera tradição, mas não por acerto jurídico ou técnico”⁴².

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 96.

⁴¹ *Ibid.*, p. 97.

⁴² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 634.

Como quer que seja, afirma-se que vinculação há quando não se deixa ao administrador “margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legal prevista.”⁴³ Discrição, reversamente, há quando se “faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”⁴⁴.

Embora as definições correntes de discricionariedade acentuem aspectos importantes outrora relegados, especialmente no que tange aos parâmetros que a constroem, apercebe-se que o seu núcleo de sentido, e também da vinculação conseqüentemente, afinal são conceitos coirmãos, antitéticos e reciprocamente complementares, mantêm razoável constância, a despeito dos avanços da ciência⁴⁵.

Encerra um âmbito de autonomia de que desfruta o administrador para bem cumprir o seu mister. Com isso talvez todos possam concordar, e também que alguns casos comportam evidente espaço discricionário e que outros se guiam certamente pela atuação vinculada. Entre um extremo e outro, entretanto, sobra uma ampla faixa de dúvida, campo no qual digladiam diferentes correntes doutrinárias. Pode-se dizer que o conceito de discricionariedade, com o perdão do trocadilho, é discricionário.

Aqui não cabe mergulhar nas polêmicas, complexidades e perplexidades que envolvem o assunto. Compondo um dos capítulos centrais do direito administrativo, a matéria está em constante revisão, quanto mais nestes tempos de mutação metodológica da ciência

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 945.

⁴⁴ Ibid., p. 946.

⁴⁵ O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os limites da discrição, aludindo à razoabilidade, à finalidade da lei e aos parâmetros delineados em concreto: “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (Ibid., p. 956-957). A definição de Marçal Justen Filho desnuda que a discrição constitui uma maneira de a lei regular certa questão, realçando que a liberdade conferida ao administrador deve ser compreendida à luz das restrições presentes em virtude das características do caso concreto: “discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto” (**Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160).

jurídica. Para os propósitos visados é suficiente transitar, tanto quanto possível, nas quadras em que impera certo consenso.

Interessa sobremaneira conhecer as formas pelas quais a discricionariedade vem disposta na lei, esquadriñar o modo como ela se exprime e averiguar, analiticamente, em quais elementos da norma ela mais usualmente se aloja. Tudo e tudo, no final das contas, para armar-se de parâmetros que permitam identificá-la por entre os labirintos do direito. São esses adminículos teóricos que viabilizarão uma busca autorizada das hipóteses de discricionariedade no julgamento disciplinar, o que será feito adiante.

Essa exploração é necessária, afinal a discricionariedade vem deferida na legislação segundo variadas fórmulas. Lucas Rocha Furtado lobriga quadro delas. Primeira, quando a lei atribui competências genéricas, como, *v. g.*, a prestação de serviços de saúde, sem discriminar condutas para o seu exercício. Segunda, quando a regra apresenta opções ao administrador, que poderá escolher uma delas diante do quadro concreto. Terceira, quando o comando autoriza a escolha do melhor momento à prática do ato, algo que ocorre, *e. g.*, na concessão de férias aos servidores. Quarta, quando a norma expressamente possibilita ao administrador que decida sobre a prática do ato, a exemplo do que ocorre com a exoneração dos ocupantes de cargos em comissão⁴⁶.

Igualmente sublinhando que a fonte da discricionariedade é a própria legislação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta três hipóteses em que se pode normalmente reconhecê-la: quando a lei expressamente a prevê, quando a lei é omissa e quando a lei fixa determinada competência, sem especificar a conduta a ser adotada⁴⁷. A discricção pode dizer respeito, prossegue a estudiosa, ao momento da prática do ato ou à escolha sobre agir ou não agir. Entre os elementos dos atos administrativos, ela aparece, mais comumente, no motivo e no conteúdo⁴⁸.

De fato, o motivo e o conteúdo são, para assim dizer, o *locus* analítico predileto da discricionariedade. Ela figura no conteúdo do ato quando a lei manda agir diante de determinada conjuntura e não especifica o que deve ser feito. Pode suceder o contrário, de a lei definir o que tem de ser realizado, mas não minudenciar as razões que devem propelar a ação, havendo, então, discricionariedade no motivo do ato administrativo.

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 637-638.

⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, op. cit., p. 223.

⁴⁸ Ibid., p. 224-225. Segundo a professora, o ato será sempre vinculado com relação ao sujeito e à finalidade em sentido estrito, discricionário com relação à finalidade em sentido amplo, e geralmente vinculado com relação à forma (Cf.: Ibid., p. 224 et seq.).

Aliás, o motivo corresponde, *grosso modo*, à hipótese de incidência, e o objeto ao mandamento, isto é, à consequência jurídica que decorre da verificação de que foram satisfeitos os pressupostos fáticos cogitados na norma. Cumpre ressaltar que se vai passando ao largo, conscientemente, das celeumas referentes às variegadas maneiras pelas quais os doutos propõem que seja fracionado o ato administrativo a fim de melhor estudá-lo. Segue-se a linha consolidada. O motivo é havido, torna-se a dizer, como o pressuposto de fato e de direito que autoriza ou impõe a edição do ato administrativo. E o conteúdo ou objeto é entendido como a providência adotada pela decisão, ou seja, a consequência jurídica que implica ou predispõe.

Retoma-se o raciocínio realçando que o fato de a discricção poder surgir em diferentes elementos do ato administrativo insinua uma lição assaz importante. Não é o ato, propriamente, que é discricionário ou vinculado. São partes dele que, conforme previsto na lei, podem ostentar âmbitos de autonomia reservados ao agente. Pode suceder, assim, que haja vinculação em relação a um ou mais elementos e discricionariedade em relação aos demais. Imprescindível é examinar em cada caso, portanto, todo o plexo normativo, para se localizar no que, exatamente, há latitude discricionária.

Efetivamente, discricionariedade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, não é atributo de ato nenhum. Apenas significa a possibilidade de que o administrador disponha de uma ‘certa’ (ou ‘relativa’) margem de liberdade relativa a certos aspectos do ato a ser editado, seja para avaliar se ocorreram “(a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam; seja para (b) produzi-lo ou abster-se; seja para (c) eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expedir o ato ‘x’ ou ‘y’); seja para (d) resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo; seja para (e) revesti-lo com a forma tal ou qual.”⁴⁹

Deve-se compreender, pois, nos seus devidos termos as asserções anunciadas de que o “ato é discricionário”. Com a expressão, e outras equípolas, quer-se dizer, na verdade, que o ato comporta alguma chancela de discricionariedade, não que todo ele, em todos os seus elementos, é permeado por ela. Convém manter-se precavido acerca dos erros que podem ser induzidos pela terminologia cotidiana, que, conquanto facilite a comunicação, mascara a realidade.

Sobre os constrangimentos ínsitos à discricionariedade, oportuno, ainda, lembrar que o assunto comporta, como tantos outros, exame em dois planos diferentes. Pode-se

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 968-969.

especular acerca da discricionariedade no plano puramente abstrato, sob a restrita consideração dos enunciados legislativos. Também se pode entrelaçar, numa espécie de projeção baseada no que ordinariamente acontece, tais enunciados com sua referência empírica usual, idealizando-se a compostura da discricionariedade já diante do caso concreto.

Este prisma revela outro marco limitativo da discricionariedade, invisível à ótica estritamente normativa. Alude-se ao fato de que a autonomia cogitada na norma pode ser diminuída sensivelmente, ou mesmo extirpada, diante do quadro verificado factualmente. É dizer, no plano normativo está o máximo de discricção de que o administrador poderá valer-se ao praticar o ato. As circunstâncias concretas, entretanto, podem reduzir, ou mesmo extinguir, o espectro de ações em tese admissíveis.

Enfim, a discricionariedade tem de ser entendida sob a consideração dos fatores que evidenciam a sua relatividade. E a discricção é relativa porque só existe na extensão e medida definidas pela lei. É relativa porque pode esmaecer ou desaparecer diante da situação concreta. É relativa porque não pode ser invocada para subverter o campo significativo mínimo referido pelo uso de expressões vagas. É relativa porque deve ser exercida para a busca da finalidade predisposta na lei⁵⁰.

2.2 Âmbitos de discricionariedade no direito disciplinar

Vistos os contornos da discricionariedade, calha então voltar à indagação que serve de fio condutor a esta investigação: é vinculada ou discricionária a fixação da pena disciplinar ou, em termos mais amplos, é vinculado ou discricionário o poder disciplinar?

Para Hely Lopes Meirelles cuida-se, sem dúvida, de potestade discricionária. A Administração, garante o professor, “como titular do poder disciplinar só o exerce a benefício do serviço, e perseguindo esse objetivo é o único juiz da conveniência e oportunidade da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição”.⁵¹ A autoridade, assim, “no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço, e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.”⁵²

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 967 et seq.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 103.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 104.

Os ensinamentos do aclamado administrativista servem de síntese à abordagem que o assunto geralmente recebe em doutrina. Notável à medida do merecimento, o prestígio do saudoso jurispeito certamente favorece a propagação do parecer de que é discricionário o poder disciplinar. Essa conclusão circula, entretanto, sem maiores reflexões e, ordinariamente, com poucos fundamentos.

Existem vozes divergentes, entretanto. Lucas Rocha Furtado, p. ex., pondera que a legislação não necessariamente abona o asserto, comum, de que há discricionariedade na aplicação de penas disciplinares. “A Lei nº 8.112/90 indica as infrações a serem punidas com as penas de advertência (art. 129) e de demissão (art. 132). Para as demais infrações, a pena a ser aplicada é a suspensão.”⁵³

Diante disso o estudioso pergunta em que, então, haveria discricionariedade na imposição de sanções do gênero, concluindo que o poder disciplinar se insere no âmbito das atividades vinculadas. “Verificado o cometimento de infração, deve ser instaurado o devido processo disciplinar; comprovado por meio do processo disciplinar o cometimento da infração, deve ser aplicada a sanção; sendo, ademais, indicada a pena a ser aplicada em razão da infração praticada.”⁵⁴

Apenas duas hipóteses, segundo o publicista, excepcionariam o cariz estritamente vinculado do poder disciplinar: a gradação, com base nos parâmetros do art. 128, da penalidade suspensiva entre um e noventa dias (art. 130) e a conversão dessa penalidade em multa (art. 130, § 2º)⁵⁵. Enfim, tirante os dois casos, “e sem sobra de dúvida, a aplicação das sanções disciplinares como prevista na Lei nº 8.112/90 constitui atividade administrativa vinculada.”⁵⁶

Em tom que se poderia chamar, sob certo aspecto, de conciliatório, Di Pietro, por sua vez, pondera que o “poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos”, afinal a “Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração, e, se for o caso, aplicar a pena cabível.”⁵⁷ Haveria discricionariedade, entretanto, nos procedimentos apuratórios, que não têm regras rígidas previstas na legislação, na possibilidade de levar em

⁵³ FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 678-679.

⁵⁴ Ibid., p. 679.

⁵⁵ Ibid., p. 989.

⁵⁶ Ibid., p. 991.

⁵⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, op. cit., p. 106.

conta, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da falta e os danos que dela provierem, e também em relação a certas infrações que a lei não define, aludindo-as por expressões imprecisas⁵⁸.

Talvez fosse vantajoso, para mais preciso enquadramento da matéria, fugir às generalizações. Exercícios do tipo são perigosos, pois sempre estão sujeitos ao risco de enfocarem apenas um ângulo do problema, haurindo dali conclusões que seriam válidas, mas nem sempre são, ao objeto examinado como um todo. A vontade de organizar as coisas pela acomodação de cada objeto em herméticos compartimentos às vezes tem de se conter, para não enganar a si própria, diante dos obstáculos infundidos pela complexidade.

Reputa-se melhor inquirir quais os âmbitos de vinculação e discricionariedade na fixação da pena disciplinar, esquivando-se da indagação, a rigor mal colocada, acerca da natureza vinculada ou discricionária do poder disciplinar. Ele não é nem uma coisa nem outra, mas as duas ao mesmo tempo. Contempla pontos de estrita e minudente normatização e outros em que resta evidente autonomia ao administrador. Entre um extremo e outro repousa uma faixa de ambigüidade. Ninguém ousa se apegar a determinado aspecto para concluir que o direito administrativo é vinculado ou discricionário. As duas formas de disciplina legal convivem no ordenamento. O mesmo sucede com o direito disciplinar.

Daqui por diante serão identificadas e examinadas as zonas de vinculação e discricionariedade na fixação da sanção disciplinar. Serão estudadas as hipóteses de discricionariedade, entrevendo-se, por exclusão, o que se sujeita ao regime vincular. A atividade será conduzida à luz do direito positivado. Não se concebe outra forma de abordagem, aliás, já que todos alardeiam que a discricionariedade é filha da lei e tem os contornos que a mãe estipular.

Não se deve entender, pelo modo de apresentação da matéria, que a regra é a vinculação, excetuada por notas de discricionariedade. A conclusão acerca da predominância de uma ou outra forma de regime fica ao gosto do intérprete, na dependência da tese que encampar relativamente aos pontos polêmicos. Esses, de resto, serão os últimos a serem examinados. Ainda neste capítulo será averiguado se o fato de a lei descrever certos ilícitos de forma vaga encerra hipótese de discricionariedade. O capítulo seguinte se ocupará exclusivamente da pena demissória, investigando se é obrigatória diante da verificação de que

⁵⁸ Ibid., p. 107.

foi praticado ilícito por ela cominado. Por agora serão apresentadas as hipóteses de discricção que passam, em geral, sem maiores celeumas.

Oportuno deixar averbado desde já que os casos de discricionariade repousam no motivo ou no conteúdo do ato disciplinar. A forma é sempre escrita, sendo o ato emitido, consoante a práxis estabelecida desde muito tempo, sob a forma de portaria⁵⁹⁻⁶⁰. A finalidade específica do ato disciplinar será sempre responsabilizar o servidor por ilícito funcional que tenha cometido. Ato com outro propósito será nulo. O sujeito será a autoridade julgadora indicada na legislação, observando-se eventuais delegações de competência e que os níveis superiores da hierarquia também têm poder para aplicar penalidades mais brandas do que aquelas que só eles podem infligir⁶¹.

2.3 Pontos (quase) incontroversos

2.3.1 Definição do aspecto quantitativo da suspensão

A suspensão, disciplina o Estatuto, “será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”. A pena suspensiva, portanto, vai do mínimo de um ao máximo de noventa dias. No ponto, o dispositivo, translúcido, não suscita dissenso. Trata-se de discricção no conteúdo do ato, ou seja, na consequência jurídica decorrente da verificação no plano dos fatos da hipótese cogitada pela *fattispecie*.

⁵⁹ Certos comandos da Lei 8.112/1990 indicam que o formalismo deve reger a edição do ato disciplinar. O art. 128, p. ex., impõe que o julgamento sempre mencione “o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar” (COSTA, José Armando da, **Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 132). Os atos disciplinares eventualmente emitidos pelo Presidente da República viriam sob a forma de decreto. A competência presidencial, no entanto, foi delegada mediante o Decreto 3.035/1999.

⁶⁰ Curioso, franco e preciso, o comentário de Edmir Netto de Araújo: “Não consagram mais os diplomas estatutários a advertência ou admoestação verbal, o que é lamentado por Brandão Cavalcanti, dentre outros, pois teria larga aplicação aos casos de negligência e faltas levíssimas. Todavia, sendo verbal e não indo para os assentos funcionais individuais do servidor, entenderam os legisladores desnecessária sua inclusão expressa entre as penalidades oficialmente reconhecidas: o que, entretanto, não quer dizer que não seja oficiosamente utilizadas” (**O ilícito administrativo e seu processo**, op. cit., p. 191).

⁶¹ O art. 141 da Lei 8.112/1990 trata do assunto, dispondo que as “penalidades disciplinares serão aplicadas: I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade; II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias; III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias; IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão”.

A fixação do volume da pena suspensiva tem de ser, naturalmente, analiticamente motivada. O campo de discricionariedade é largo, convindo arrazoar com detença o resultado alfim atingido. A suspensão de um dia há que ser havida como inicialmente cabível, fundamentando-se com minúcias cada acréscimo que eventualmente venha a ser realizado - é assim, aliás, que funciona no âmbito penal: a fixação da pena parte do piso legalmente cominado. Aí se nota, aliás, que a prerrogativa discricionária não é tão espaçosa assim. Os caracteres do caso concreto poderão reduzi-la dramaticamente.

Nessa estabilização do *quantum* da penalidade entram, evidentemente, os critérios previstos no art. 128 da Lei 8.112/1990. Aliás, é nesse contexto, e na convolução da advertência em suspensão, em que há, sem nenhuma quizila, espaço para a plena desenvoltura daqueles parâmetros e, conseqüentemente, para a mais perfeita individualização da pena.

2.3.2 Substituição da suspensão por multa

Outra questão remansosa diz respeito à possibilidade, deferida à discricção administrativa, de substituir a suspensão por multa. É o que estabelece o art. 130, § 2º, do Estatuto: quando “houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço”.

O único empeco, que na verdade não existe, encontra-se na aparente alternatividade da base de incidência do desconto, vencimento ou remuneração. Trata-se, contudo, de evidente atecnia da lei, como detecta Marcos Salles Teixeira, pontificando que “a Lei quis se referir à remuneração, que pode ter como sinônimo o termo ‘vencimentos’, ali mal redigido no singular”, pois “não faria sentido interpretar aplicação apenas em parte da remuneração, na contrapartida de dias efetivamente não trabalhados”⁶². A hermenêutica lógico-evolutiva força a conclusão de que o dispositivo abrange também o subsídio, modalidade remuneratória introduzida pela Emenda Constitucional 19/1998, posteriormente, portanto, à edição da Lei 8.112/1990.

Aqui se trata, também, de discricionariedade no conteúdo do ato administrativo. O julgador pode, desde que haja conveniência ao serviço, algo que só a ele compete avaliar, alterar a conseqüência jurídica decorrente da prática do ilícito funcional. Em princípio seria

⁶² TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 416.

suspensão, mas a multa, a critério da Administração, no interesse do serviço, pode tomar-lhe o lugar.

2.3.3 Agravamento da advertência para suspensão

A Lei 8.112/1990 estabelece que a “advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave” (art. 129). A parte final do preceptivo admite duas interpretações. É plausível argumentar que o excerto “penalidade mais grave” seja alusivo aos casos para os quais a lei tenha receitado pena suspensiva ou demissória.

Não é essa a dicção, contudo, que vingou. Compreende-se generalizadamente que a norma autoriza o agravamento da advertência para suspensão, ou seja, a repressão das irregularidades mencionadas será feita mediante advertência em princípio, mas o ilícito poderá justificar a imposição de reprimenda mais grave, que só pode ser a suspensão, afinal, segue o raciocínio, é taxativo o rol de hipóteses de demissão, previsto no art. 132 da Lei 8.112/1990⁶³.

Atesta-se, *e. g.*, que a “interpretação conjunta dos arts. 128, 129 (em sua parte final) e 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite entender que [...] é legalmente cabível a aplicação de pena mais grave que advertência (ou seja, suspensão) em hipótese que, a princípio, seria punida com advertência”⁶⁴. A Advocacia-Geral da União prestigiou algumas vezes essa interpretação. A ementa do Parecer GQ-127, p. ex., conclui que nada “obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave”.

⁶³ Infere-se que Lucas Rocha Furtado discorda da exegese dominante, pois considera que a gradação da suspensão e a substituição dela por multa constituem as únicas hipóteses de discricionariedade na fixação da pena (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 989).

⁶⁴ TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 415. O autor afirma que esse seria o “único caso em que a Lei confere à autoridade julgadora certa discricionariedade na aplicação da pena”. Mesmo fora da zona de polêmica, entretanto, há outras hipóteses de discricionariedade, aludidos por ele próprio, como no caso de substituição da suspensão por multa. A posição é defendida também, entre tantos outros, por Antônio Carlos Alencar de Carvalho, que encontra bases para escorá-la na redação do art. 129, que comanda a aplicação de advertência para a falta que “não justifique imposição de penalidade mais grave”, em confronto com o texto do art. 130, que ameaça suspensão para os casos “que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão” (Cf.: A interpretação da parte final do art. 129 da Lei n. 8.112/1990: caráter discricionário da pena de suspensão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 57, 30/09/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2011).

Da jurisprudência mencione-se, a título ilustrativo, o aresto do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança n. 24.635/DF, cuja ementa registra: “Desde que se justifique a imposição de pena mais grave, nos casos de inobservância de dever funcional, é cabível a pena de suspensão (art. 129 da Lei 8.112/90)” (2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/03/2006). E também o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança n. 5.935/DF, ementado com evidente referência à discricionariedade que informa o ponto: “À inobservância de dever funcional (artigo 116, incisos I, III e IX, da Lei 8.112/90), aplica-se a pena disciplinar de advertência, desde que a conduta praticada pelo servidor não justifique a imposição de penalidade mais grave, conforme os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública” (3ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 17/03/2003).

É funcionalmente adequada a leitura predominante acerca do assunto. A possibilidade de censurar com suspensão irregularidades em princípio puníveis com advertência introduz alguma dose de flexibilidade na imposição da pena, de outro modo inexistente, já que são apenas dois ilícitos que, em caráter originário, atraem penalidade suspensiva. Há maior espaço, nessa direção interpretativa, para individualizar propriamente a sanção, conferindo maior eficácia à incidência dos parâmetros discriminados no art. 128 da Lei 8.112/1990.

Nota-se, outra vez, que a hipótese materializa prerrogativa discricionária pertinente ao objeto do ato administrativo.

2.4 Ilícitos com hipótese fluida: caso de discricionariedade?

A discricionariedade pode ser outorgada pelo legislador por meio da regulação que faz do motivo pressuposto à edição do ato administrativo. Di Pietro discrimina duas hipóteses. Haverá discricionariedade no motivo, primeiro, quando a lei não o estipula ou, segundo, quando o define por meio de “noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa;”⁶⁵.

Entre os exemplos enumerados pela jurista para o segundo caso de discricionariedade no motivo, constam, coincidentemente, hipóteses infracionais disciplinares. Ocorre discricionariedade, consoante o magistério da professora, “quando a lei manda punir o

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, op. cit., p. 225.

servidor que praticar ‘falta grave’ ou ‘procedimento irregular’, sem definir em que consistem”⁶⁶.

No Estatuto federal em vigor não constam os exatos termos citados pela administrativista⁶⁷. Sobejam, contudo, expressões equivalentes em generalidade e correlata indefinição semântica. Basta rememorar, por exemplo, que é dever do servidor exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observar as normas legais e regulamentares, manter conduta compatível com a moralidade administrativa, tratar com urbanidade as pessoas. É-lhe proibido, ademais, proceder de forma desidiosa, cumprir atividades incompatíveis com o exercício do cargo, incorrer em improbidade administrativa etc.

Sob diferente ponto de vista, está-se diante novamente, no fundo, da questão já abordada mais acima, sobre o modelo redacional adotado na Lei 8.112/1990 para a descrição dos ilícitos disciplinares. No mais das vezes, os conceitos jurídicos indeterminados são, de certo modo, o meio técnico à confecção de hipóteses infracionais vagas, fluidas, imprecisas. A relativa atipicidade do ilícito disciplinar é resultado da sua enunciação mediante palavras de alcance denotativo relativamente incerto.

A propósito, a discricionariedade em direito disciplinar é ligada, com mais frequência, justamente à natureza aberta das modalidades infracionais previstas na lei. Diz-se, por exemplo, que nessa seara, em comparação com o direito penal, a margem de apreciação discricionária “é muito maior, não podendo o legislador especificar todos os elementos que integram as faltas disciplinares.”⁶⁸ Ou que basta a lei definir “genericamente a infração, para que a autoridade administrativa aplique a pena, usando, nessa aplicação, de adequada margem de poder discricionário, desde que caracterizada a lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico de interesse da Administração.”⁶⁹

Seria possível argumentar que as hipóteses em que o ilícito é prefigurado com pouca especificidade na norma não constituem propriamente situações de discricionariedade administrativa, porquanto encerram, verdadeiramente, contextos de vagueza dirimíveis por meio de mera interpretação. Semelhante ataque ao escólio tradicional em direito disciplinar não faria mais do que instalar, em capítulo específico da disciplina, a conhecida e intratável

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, **Direito administrativo**, op. cit., p. 225.

⁶⁷ O estatuto revogado, Lei 1.711/1952, aludia a “falta grave” no art. 205 (A pena de suspensão, que não excederá de 90 dias, será, aplicada em caso de falta grave ou de reincidência) e no art. 212, I (Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o inativo: I - praticou falta grave no exercício do cargo ou função).

⁶⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, **Direito e processo disciplinar**, op. cit., p. 92.

⁶⁹ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, **Regime disciplinar do servidor público civil da União**, op. cit., p. 42-43.

contenda em direito administrativo relativa à existência de discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados.

Nada tem de pacífica a opinião de que a discricionariedade é produto imanente ao emprego legislativo de expressões imprecisas. Eros Roberto Grau entende que, na hipótese, não há falar em discricionariedade, mas tão-só de interpretação do direito. Acusa que a tese contrária identifica, equivocadamente, a atuação discricionária com a atividade jurídico-interpretativa⁷⁰. De modo semelhante, Marçal Justen Filho considera que a lei não concede discricionariedade quando utiliza conceitos técnico-científicos, nem quando se vale de conceitos jurídicos (parcialmente) indeterminados, nem quando recorre a conceitos valorativos. Em todas as hipóteses ela “transfere ao aplicador uma margem de autonomia para determinar a solução cabível para o caso concreto, sem que isso produza o surgimento de autonomia configuradora da discricionariedade”⁷¹.

O publicista parece distinguir vinculação e discricionariedade a partir do exame do raciocínio jurídico necessário à edição do ato administrativo, notadamente quanto à imputação que deva ser feita à configuração com que ele enfim venha a ser emitido. Haverá discricionariedade quando a norma atribuir ao aplicador o encargo de encontrar, segundo a própria avaliação subjetiva, a melhor solução ao caso, sob a ponderação das circunstâncias concretas. Haverá vinculação quando a tarefa consistir na reconstrução da vontade da norma, algo estranho ao aplicador, atingindo-se uma conclusão atribuída ao sistema jurídico.⁷²

Segundo parece, de acordo com esse referencial teórico, que não é seguido nesta monografia, restaria apenas uma hipótese, quiçá, de discricionariedade na fixação da pena disciplinar. Ao administrador seria reservada, tão-somente, a prerrogativa de decidir acerca da substituição de pena suspensiva por multa. Tudo o mais seria atuação vinculada e, conseqüentemente, controlável pelo Poder Judiciário.

Não soa apropriado discernir discricionariedade e vinculação tendo em vista o raciocínio jurídico conveniente à edição do ato administrativo. O correto seria descobrir, caso fosse possível, um parâmetro de discriminação capaz de classificar o contexto normativo no plano estritamente abstrato. É no momento da aplicação da norma, não depois disso, que interessa saber se se trata de comando discricionário ou vinculado e, assim, desenvolver o argumento conveniente.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, cap. IX.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 164.

⁷² Ibid., p. 161-162, especialmente.

Tampouco se mostra consistente a premissa, subjacente à tese sob exame, de que o recurso a conceitos vagos não seja um método a que recorre o legislador para distribuir espaço autonômico regido pelas balizas da discricionariedade. A intuição sugere o contrário, isto é, que a normatização fluida serve justamente para acomodar as necessidades singulares de cada caso concreto, consoante a apreciação do administrador. Há alguma dose de superfetação, ademais, na assertiva de que em alguns casos há autonomia na atividade do agente administrativo, mas não autonomia que seja da modalidade discricionária.

Faltam razões para endossar a curiosa proposição de que sempre existe uma única solução justa, modismo jus-demagógico emergente a partir de uma interpretação duvidosa da obra de Ronald Dworkin. Os sinais da realidade, mormente em sociedades plurais e dinâmicas, apontam que “os conceitos indeterminados até podem implicar a chamada ‘unidade de solução justa’, mas essa unidade não significa a inexistência de margens de apreciação, sendo que essas margens podem ser mais ou menos elásticas, inclusive comportando alguma discricionariedade hermenêutica”.⁷³

Não merece críticas apenas a corrente que infla a interpretação, e a vinculação conseqüentemente, em prejuízo da discricionariedade. A concepção antípoda, que orienta este trabalho também pelo vigor que colhe da tradição de que se recobre, também convida algumas reflexões da espécie. Julga-se, por exemplo, absolutamente insuficiente assegurar, como se faz constantemente, que a discricionariedade começa quando a interpretação termina.

Sucede que a exegese, a rigor, nunca chega ao fim ou, pelo menos, não há como visualizá-lo para então decretar que, de tal passo em diante, teve início a discricionariedade. Afora um ou outro caso de formulação legislativa matemática, todas as normas admitem mais de um sentido juridicamente defensável. As disposições recheadas com conceitos imprecisos aceitam, é certo, um espectro maior de significados, algo que ninguém disputa. Mas conceber a circunstância como hipótese de discricionariedade é caso de mera convenção eventualmente adotada pelo jurista.

A verdade é que o discurso normativo, como a comunicação em geral, não se deixa enjaular, senão com boa dose de artificialismo, em apenas duas classes. Há casos de discricção. Há casos de vinculação. Há casos que, por se situarem no meio do *continuum*, não são remissíveis a nenhuma categoria, salvo mediante o recurso a soluções predefinidas de

⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito administrativo sancionador**, op. cit., p. 221.

acordo com alguma diretriz simplificadora. A referência aos conceitos jurídicos indeterminados funciona justamente como parâmetro de redução da complexidade.

A teoria que cinde a atuação administrativa nas espécies discricionária e vinculada foi gestada, conforme se desconfia, numa época em que a metodologia jurídica se organizava de acordo com premissas que foram, ou estão sendo, substituídas ou transformadas. Só a ascensão dos princípios como categoria normativa já serve para, ao menos, colocar em perspectiva crítica os contornos com que usualmente é apresentada a dicotomia vinculação-discricionariedade. No limite, um direito principiológico em sentido forte teria potencial para, praticamente, extinguir os espaços usualmente reservados à autonomia discricionária.

Existem indícios de que há oportunidade para uma ampla revisão dos cânones que orientam os estudos sobre vinculação e discricionariedade. Quem sabe não fosse conveniente, aliás, começar explicitando aquilo que realmente está em jogo. A separação de poderes, máxime os limites da atuação do Judiciário, constitui o tema subjacente, meio dissimulado, às controvérsias sobre o alcance da discricção administrativa. Talvez esteja na hora de simplesmente abandonar a dicotomia vinculação-discricionariedade como meio para se discriminar, indiretamente, os papéis institucionais do Executivo e do Judiciário.

Outrora talvez tenha sido possível afirmar que os conceitos indeterminados encerram hipótese de discricionariedade e, portanto, sua operação estaria imune à ingerência judicial. Hoje em dia essa solução revela-se simplista, insuficiente e parcialmente falsa à luz da jurisprudência pátria. O caminho contrário, entretanto, padece de falhas semelhantes. É sintomático que uma conclusão ou outra, pela discricionariedade ou pela vinculação, costuma vir com ressalvas importantes relativas, justamente, aos limites da sindicabilidade judicial do ato administrativo. Os que afirmam ser caso de discricionariedade dizem que a circunstância não implica impossibilidade de revisão. Celso Antônio Bandeira de Mello, p. ex., sustenta que o controle judicial dos atos discricionários se estende sobre os motivos, a finalidade e a causa do ato (vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo)⁷⁴. E os que garantem ser caso de vinculação também levantam exceções, mencionado casos gerais em que não haveria a possibilidade de ingerência judicial. Eros Roberto Grau, p. ex., citando as lições de Antônio Francisco de Souza, aponta as decisões altamente pessoais, as valorações vinculativas, as

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 961.

decisões de caráter prognóstico e as decisões de enformação como casos de atos vinculados que contêm elementos incompatíveis com o controle judicial.⁷⁵

O lugar não é esse e não há, ademais, forças para empreender a ingente missão que seria atualizar aos parâmetros contemporâneos da ciência jurídica o debate que tradicionalmente é travado ao de redor dos conceitos de vinculação e discricionariedade. Nesta quadra basta repisar que, na falta de melhor alternativa, se reconhece nas normas vagas hipótese de discricionariedade, o que, entretanto, não deve ser entendido como total inexpugnabilidade judicial. Sobre o ponto, encampa-se a citada proposta de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma a existência de discricionariedade, discernindo, não obstante, espaços à revisão judicial do ato administrativo.

Acolhe-se, portanto, a conclusão atingida por Marcus Vinícius Filgueiras Júnior, que dissertou específica e exaustivamente sobre a matéria: “o preenchimento total do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados, quando presentes pelo menos duas intelecções razoáveis, é uma atividade discricionária a qual compete exclusivamente à Administração Pública”⁷⁶. Se for razoável a exegese administrativa de norma contendo conceito fluido, então não deve haver anulação judicial do ato correlato. Entre o razoável administrativo e o razoável judiciário fica-se com a primeira alternativa, solução que parece mais compatível com um sistema que tem mais de um Poder e, portanto, deve preconizar funções distintas para cada qual.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto, **O direito posto e o direito pressuposto**, op. cit., p. 218. No magistério de Antônio Francisco de Sousa, citado por Grau, decisões altamente pessoais são aquelas indissolúvelmente ligadas à personalidade do agente, como as apreciações pedagógico-científicas; valorações vinculativas são as decisões tomadas por órgãos especiais, como as comissões que avaliam filmes ou monumentos; decisões de caráter prognóstico são as fundadas em juízo antecipatório do futuro; e as decisões de enformação são aquelas tomadas em um todo que consubstancia uma política administrativa.

⁷⁶ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 202.

3 Uma proposta para o desate do nó relativo à sanção demissória

Diante de ilícito cominado com pena demissória, deve o administrador obrigatoriamente aplicar essa penalidade, porque o ato é vinculado? Ou pode impor reprimenda menor, individualizando a pena à luz do caso concreto, havendo, pois, latitude discricionária sobre a questão?

O assunto é sobremaneira controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para abordá-lo convém iniciar por uma apresentação pormenorizada da cizânia que suscita. Depois ele será esquadrihado a partir de diferentes perspectivas, donde surgirão os adminículos teóricos que sustentam o deslinde ao fim proposto.

3.1 Delineamento da polêmica e das correntes em liça

Intratável é a discórdia dos intérpretes sobre a obrigatoriedade da aplicação da pena expulsiva quando apurado ilícito a que a lei adiante quejando castigo. Dois extremos lógicos delimitam o espectro em que se inserem as variadas exegeses. Pode-se idear, de um lado, que a demissão tenha de ser, sob quaisquer circunstâncias, necessariamente imposta. Pode-se conceber, de outro, que não existe adstringência, donde ser livre a autoridade para efetivar reproche mais leve⁷⁷.

Mas ainda não existe na praça uma investigação de fôlego sobre o assunto. Geralmente o tema é tateado de afogadilho, do que assoma logo em seguida, sem muita clareza, sem muito alicerce, uma posição a respeito. E impera, como dito, um total dissenso. A jurisprudência, no particular, nada fica devendo. Há sentenças para todos os gostos.

As interpretações mais austeras ancoram no caráter decisivo da cabeça do art. 132 da Lei 8.112/1990: a demissão será aplicada às faltas arroladas.

Essa é a linha prestigiada pela Advocacia-Geral da União, e mandatária no âmbito do Poder Executivo, porque agasalhada em atos vinculantes nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/1993, isto é, porque adotada em pareceres aprovados pelo Presidente da

⁷⁷ O impasse concernente ao caráter vinculativo da pena demissória tem extensão natural ao trato dos ilícitos que, abstratamente, atraem penalidade suspensiva. Seria possível aplicar advertência em vez de suspensão? São apenas três tipos disciplinares, entretanto, que cominam semelhante reprimenda, daí porque o debate acaba centrado na comutação da penalidade demissória.

República e publicados juntamente com o despacho correspondente. A ementa do Parecer-AGU n. GQ-183, vinculante, mostra-se bastante elucidativa: “É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990”⁷⁸. Essa orientação é antiga e tradicional no Poder Executivo. Já nos idos da década de 1970, o extinto Departamento de Administração do Serviço Público sedimentava entendimento sobre o assunto, editando sua Formulação n. 141, publicada no Diário Oficial da União de 22/11/1971: “Demissão e suspensão. O atual Estatuto dos Funcionários não admite se substitua a pena de demissão pela de suspensão”. Embora baixado sob a égide do regime anterior, o enunciado mantém-se atual, vez que a letra do Estatuto em vigor, no particular, não difere substancialmente daquela contida na lei revogada.

Na mesma direção, p. ex., Lucas Rocha Furtado pontifica não ser “possível utilizar o disposto no art. 128 com o objetivo de fazer com que determinada conduta prevista em lei como punível com demissão seja punida com suspensão.”⁷⁹ Aduz também, repisando o entendimento, que à Administração é defeso, “diante do cometimento de qualquer das infrações previstas no art. 132”, deixar de “aplicar ao servidor efetivo a pena de demissão para aplicar suspensão ou advertência”.⁸⁰

Analogamente, Sebastião José Lessa assegura que, uma vez verificada falta castigável com demissão, essa penalidade deve ser imposta, não se admitindo, a pretexto de incidir o princípio da proporcionalidade, a aplicação de sanção mais branda. A atividade é vinculada, com motivo e objeto discriminados em lei. Enfim, na “esfera disciplinar, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (art. 2º, *caput*, parágrafo único, inc. VI, e art. 69, da Lei nº 9.784/99) não pode ser confundido com a mera e indefensável prática da substituição da pena”⁸¹⁻⁸².

⁷⁸ Há outros pareceres adotando a mesma solução. O Parecer-AGU n. GQ-177, também vinculante, conclui o seguinte a respeito do ponto, conforme consta de sua ementa: “Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato.” No mesmo diapasão, o Parecer-AGU n. GQ 167 assevera: “Configurada a infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990, a apenação expulsiva torna-se compulsória. Os fatores de graduação de pena, enumerados no art. 128 da Lei n. 8.112, podem justificar punição mais grave que a expressamente cominada para o ilícito praticado”.

⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 680.

⁸⁰ Ibid., p. 990.

⁸¹ LESSA, Sebastião José. **Temas práticos de direito administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 198.

⁸² Também Marcos Salles Teixeira perfilha esse entendimento, embora pareça fazê-lo sob as condições próprias ao âmbito do Poder Executivo, ou seja, empregando como premissas os pareceres vinculantes da AGU. O autor anota, v. g., que o conjunto de parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/1990 “apenas atua horizontalmente na dosimetria da pena aplicável à conduta, naquelas duas situações descritas [exacerbar a advertência para suspensão e modular esta pena] em que cabe certa discricionariedade, não sendo capazes de desconfigurar o fato em si, ou seja, de alterar verticalmente o enquadramento e, por conseguinte, fazer a pena cabível migrar de

Não é difícil encontrar decisões judiciais que se tenham informado por essa vertente interpretativa. Os anais do Superior Tribunal de Justiça exibem vários arestos fiéis à leitura de que a pena capital é de aplicação obrigatória nos casos em que essa é a censura indicada na lei, não havendo como comutá-la por modalidade menos severa, ainda que sob o suposto amparo dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Na maioria das vezes, entretanto, essa dicção constitui premissa implícita ao julgamento da Corte, que não chega, propriamente, a se debruçar sobre a questão⁸³.

A corrente rival à intelecção até aqui apresentada encontra arrimo em dois fundamentos basicamente, muito próximos um do outro. Ora se garante incidência do art. 128 mesmo diante de irregularidade cominada com demissão, ora se recorre aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Ilustrativamente, tome-se o magistério de Francisco Xavier da Silva Guimarães, para quem o caráter impositivo dos arts. 129, 130, 132, 134, e 135 da Lei 8.112/1990 “é no sentido de obrigar a autoridade administrativa competente a julgar, a proferir decisão no processo disciplinar [...] em dosagem necessariamente proporcional ao dano causado, levando-se em consideração as circunstâncias atenuantes ou agravantes que influenciam a aplicação da pena-base indicada na lei”⁸⁴. Não obstaculizam a correta gradação da pena e, portanto, “as circunstâncias gerais e especiais que possam agravar, atenuar ou mesmo desclassificar o delito, serão decisivas na fixação da pena que a lei tão-só indica como base.”⁸⁵

O publicista apresenta essas considerações criticando a doutrina que, por vislumbrar na própria lei a definição da pena correspondente a cada ilícito, põe em xeque a existência de discricção no julgamento do processo disciplinar. Flávio Henrique Unes Pereira garante que, com efeito, não existe nenhuma discricionariedade no ato disciplinar, mas, curiosamente, coloca-se de pleno acordo com o raciocínio de que o art. 128 da Lei 8.112/1990 tem incidência em qualquer conjuntura. Segundo interpreta, o dispositivo, para que não fiquem

advertência ou suspensão para pena capital ou vice-versa” (**Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 410).

⁸³ A leitura dos votos condutores revela que a interpretação pela natureza vinculada da pena demissória foi abonada, implícita ou explicitamente, nos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, p. ex., no MS 7.491/DF (3ª Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 4/3/2002), no MS 8.526/DF (3ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 2/2/2004), no MS 7.966/DF (rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 22/8/2005). Pode-se citar também a decisão do Supremo Tribunal Federal no ROMS 24.256-0/DF (1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18/10/2002).

⁸⁴ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, **Regime disciplinar do servidor público civil da União**, op. cit., p. 44.

⁸⁵ Ibid., p. 44-45.

comprometidos os princípios constitucionais da individualização da pena e da culpabilidade, “deve ser aplicado em relação a todas as espécies de penalidades e não apenas à hipótese de suspensão”.⁸⁶ Essa hermenêutica é corolário e necessidade, depreende-se, da incontornável missão de identificar e adotar a única decisão adequada para o caso, pois “à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa [...] a Administração Pública, no exercício da função sancionadora, não está amparada por um suposto juízo de conveniência e oportunidade que limitaria a revisão judicial de suas decisões.”⁸⁷

Há quem chegue a pugnar, subvertendo o costumeiro arranjo das coisas, que a fixação da pena tenha como passo derradeiro, ordinariamente, a consideração dos fatores atenuantes, os quais teriam o dom de forçar, sob determinadas condições, a comutação da pena pela sua congênere imediatamente mais leve. A singular teoria pondera que depois da apuração dos fatos, da sua tipificação e da descoberta da penalidade abstratamente prevista, “é que se aplicam as circunstâncias atenuantes previstas no art. 128 da Lei nº 8.112/90, se verifica se o indiciado é reincidente, e se consideram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na dosagem da pena, para se definir, realmente, qual é a penalidade cabível”⁸⁸. Assim, prossegue o raciocínio, “conclui-se que se atenua: a) a penalidade de demissão aplicando a pena de suspensão; b) a penalidade de suspensão aplicando a pena de advertência; c) a penalidade de advertência para isentar o servidor de responsabilidade”⁸⁹.

São muitas as assentadas do Superior Tribunal de Justiça que concluíram, em certo sentido, ser discricionária a inflicção da pena demissória. A ponderação das circunstâncias, segundo a lógica expressamente seguida em algumas oportunidades, pode obrigar a comutação da penalidade para espécie menos grave. No ROMS n. 10.316/SP, *e. g.*,

⁸⁶ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 166.

⁸⁷ Ibid., p. 165. O estudioso chega à conclusão de que não há discricionariedade no ato disciplinar em virtude das concepções que, insertas no marco teórico, acolhe como premissas. Baseou-se na teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther, que discerne dois momentos no discurso jurídico, o da justificação (no plano abstrato) e o da aplicação (no plano concreto). O jurista deve conformar o direito justificado às necessidades particulares do caso concreto, especificando a norma aplicável. Ao que parece, na interpretação de Flávio Henrique Unes Pereira, a operação seria trivial e conduzida com muita liberdade, sem maiores preocupações com os eventuais limites semânticos existentes no contexto legislativo pertinente. Fica a impressão, *concessa venia*, que o caso, para emprestar o trocadilho de Humberto Ávila, é de direito da ciência, não de ciência do direito. Neste trabalho considera-se que a linguagem impõe barreiras à interpretação e que, como será visto adiante, as conclusões com aparência *contra legem*, excepcionais para casos excepcionais, devem repousar em fundamentação particularmente vigorosa, que seja capaz de escusar a necessidade de, em princípio, adotar a solução preconizada na lei. Reputa-se que a legislação encerra imperativos, não meros conselhos. Em casos anômalos o bom direito pode exigir o pontual desprestígio de uma regra legal, mas semelhante procedimento deve aceitar e se desincumbir do especial ônus argumentativo envolvido.

⁸⁸ DENYS, Debora Vasti S. Bomfim e LINS, Adriane de Almeida, **Processo administrativo disciplinar...**, op. cit., p. 204.

⁸⁹ Ibid., p. 216.

decidiu-se que a “substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades” (6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ 22/5/2000)⁹⁰. E no MS n. 6.663/DF, que na aplicação de penalidade impõe-se à autoridade administrativa estrita observância ao princípio da proporcionalidade e também, “em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/90, máxime em se tratando de demissão, a verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor” (3ª Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 2/10/2000).⁹¹⁻⁹²

Numericamente, predominam no Superior Tribunal de Justiça os acórdãos pautados pela intelecção de que as circunstâncias influentes na aplicação da pena devem ser mesuradas diante de ilícito cominado por pena demissória, podendo justificar castigo menor do que o previsto, inicialmente, na lei. O panorama, entretanto, não chega a servir como testemunho favorável a tese, e o mesmo teria de ser dito em relação ao argumento inverso, caso fosse ele que guiasse a maior parte das decisões da Corte.

Uma razão bastante simples conduz a essa avaliação. O Tribunal ainda não confrontou, propriamente, a questão jurídica, decisiva em alguns casos, colocada ou insinuada nos julgamentos que proferiu em torno da temática. É certo que uma posição teve de ser adotada, ao menos implicitamente, mas em nenhuma oportunidade a matéria chegou a ser problematizada ou debatida em profundidade. As soluções foram casuísticas, seguindo um caminho ou outro sem despertar maiores exercícios reflexivos.

Há uma nota divergente do panorama, contudo, recentemente entoada. Refere-se ao acórdão prolatado pela 1ª Seção, em fins de outubro de 2010, no MS 15.437/DF (DJe 26/11/2010). Pela primeira vez o problema foi arrostado direta e francamente. Saiu vencedora a exegese traçada pelo relator, Ministro Castro Meira, de que não há falar em

⁹⁰ Esse precedente lidou com o regime disciplinar do servidor público paulista, que também tem um rol de hipóteses de demissão introduzido pelo verbo “ser”. A *vexata questio iuris* debatida é a mesma que aflige o Estatuto federal.

⁹¹ É grande o número de julgados que seguiram essa linha, nem todos nítidos a respeito, alguns afirmando que houve má aplicação do direito, quer dizer, lapso na tipificação da conduta. Mencione-se, exemplificativamente, os acórdãos proferidos no MS n. 19.774/SC (5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 12/12/2005), no MS n. 10.827/DF (3ª Seção, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06/02/2006), no MS 7.261/DF (3ª Seção, rel. Min. Nilson Naves, DJe 24/11/2009).

⁹² O estudo da jurisprudência disciplinar do Tribunal de Contas da União, respeitante ao julgamento de seus próprios servidores, revela que a Corte, sem muita problematização, entende não haver inevitabilidade na demissão quando sucedido ilícito ameaçado com tal reprimenda. Nos recentes Acórdãos ns. 977 e 1240/2010-TCU-Plenário, p. ex., condutas desidiosas motivaram, em vez da sanção capital, penalidade suspensiva.

discrecionariedade diante de ilícito cominado com demissão. Resumindo a tese, constou da ementa o seguinte, no que importa ao assunto aqui tratado:

6.1 A infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90 – "atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro" –, impõe a aplicação da pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, desse mesmo estatuto.

6.2. Portanto, nesse caso, o administrador não tem qualquer margem de discrecionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso.

A decisão foi por maioria, apertada, cinco a três. Votaram com o Relator os Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha. Vencidos na assentada, os Ministros Arnaldo Esteves Lima, Hamilton Carvalhido e Luiz Fux, concediam a segurança parcialmente, anulando a pena demissória e autorizando a inflição de reprimenda mais suave. Do voto que abriu a divergência, do Ministro Arnaldo Esteves Lima, recolhem-se os seguintes excertos significativos:

Sr. Presidente, minha divergência com o voto do eminente Ministro Relator, muito bem fundamentado, como vimos, é apenas no tocante à aplicação da pena de demissão. Quanto aos demais aspectos, estou inteiramente de acordo com o voto de S. Exa. Quanto a esse ponto, a Terceira Seção firmou posicionamento no sentido de que a adoção pura e simples do entendimento de que, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão contraria o princípio da individualização da pena, que se aplica também no procedimento administrativo. Tal entendimento contraria, também, o art. 128 da Lei 8.112/90 [...].

[...]

Quanto à gradação da pena, vale ressaltar que não pode o administrador aplicar uma pena mais grave quando é prevista em lei uma mais leve. Mas, inversamente, a meu ver, com a máxima vênia, se for prevista pena de demissão, mesmo que seja só a demissão, é possível aplicar uma suspensão ou uma advertência de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Com mais as seguintes passagens, estas do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, tem-se uma síntese bastante precisa dos argumentos derrotados na ocasião:

Nos termos da letra da lei, a sanção obrigatória é efetivamente a demissão. Todavia, não é estranho, e foi o que sensibilizou a Terceira Seção, de que fui membro, nem inviável nem teratológica a reinterpretação do direito à luz da Constituição. Penso que seja até obrigatória. O princípio da individualização das respostas sancionatórias está presente na Constituição, e reinterpretar o sistema parece-me plenamente adequado.

A Terceira Seção jamais violou a reserva de plenário, porque, na verdade, houve sim reinterpretação do sistema à luz da Constituição de modo sistemático, como estava a exigir o artigo que trata da individualização da sanção administrativa [...].

Observa-se que houve, no julgamento de que se está tratando, um verdadeiro choque entre as duas correntes que disputam o assunto. Vieram à baila os alicerces que

sustentam uma tese e outra. De um lado, os que se fixam na letra, aparentemente induvidosa, da cabeça do art. 132 da Lei 8.112/1990, louvando-se, portanto, no princípio da legalidade. De outro, os que pregam incidência ampla do art. 128 do Estatuto, recorrendo a uma interpretação informada por vetores constitucionais ou, simplesmente, aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Com quem estaria o melhor direito? Os próximos passos visam construir uma resposta à indagação.

3.2 Subsídios teóricos ao deslinde do problema

A pesquisa para delimitar o caráter, vinculado ou discricionário, da pena disciplinar capital passa por alguns estágios, cada qual contribuindo com premissas à conclusão que será articulada ao final. Primeiro convém passar os olhos sobre a técnica da fixação da pena no direito penal, campo em que a ciência jurídica certamente mostra maior amadurecimento. Essa breve visita já terá servido para alguma coisa se ajudar na compreensão do que realmente seja “aplicação da pena”.

Depois interessa fazer o básico, algo que é, todavia, generalizadamente esquecido. Não parece ser escusado, mesmo nesta era pós-positivista, deixar de examinar pormenorizadamente o que a legislação tem a dizer sobre o assunto. Haverá lugar para um exame detido e pormenorizado do texto legal a fim de definir a(s) exegese(s) que dele pode(m) ser haurida(s), averiguando-se, inclusive, a idoneidade dos pareceres que se apresentam como reinterpretações inspiradas por diretrizes constitucionais.

Na seqüência, convém perquirir a lei com o propósito de identificar se ela porventura ostenta alguma inconstitucionalidade flagrante. É importante deixar claro, desde logo, que essa análise, ao contrário das demais, coloca-se estritamente no plano constitucional. A rigor não interessa ao administrador, portanto, pois a ele compete, na célebre síntese de Seabra Fagundes, aplicar a lei de ofício, não fazer-lhe censura constitucional para então tirar diretamente das alturas da Carta as normas que entende corretas para a própria atuação.

3.2.1 Técnica da fixação da pena no direito penal

O Código Penal, no art. 59, redação em vigor, estatui o seguinte, em disposição nomeada pela rubrica “fixação da pena”, que enceta capítulo denominado “da aplicação da pena”:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

O preceito é didático. Ensina exteiramente de dúvidas o que se deve entender por “aplicação da pena”. Trata-se de procedimento a ser conduzido depois de atingida uma conclusão acerca de qual crime foi praticado. Constata-se que houve crime de tal espécie, seguindo-se a fixação da pena, consoante as regras incidentes. A tarefa subsuntiva lida com o preceito primário da norma incriminadora. A fixação da pena maneja o preceito secundário. Não deveria haver influência, e geralmente não há, entre uma operação e outra, que são, portanto, estanques⁹³.

Não há notícia de que o ponto seja, a sério, objeto de disputa. Tampouco se conhece qualquer norma, razão, ou tese que sugira abordagem diferente no direito disciplinar. É bem verdade que o figurino relativamente incerto com que se apresentam vários tipos disciplinares traz algumas complexidades adicionais, que serão debuxadas mais a frente. Apesar disso, entretanto, avalia-se que nessa cidadela também se deve primeiro averiguar se o fato é típico, depois aplicar a sanção que couber, sempre quando possível em raciocínios separados e independentes entre si⁹⁴⁻⁹⁵.

Vem a calhar conferir destaque ao fato de que o juiz criminal, conforme manda a lei, define, primeiro, as *penas aplicáveis dentre as cominadas* e, depois, a *quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos*. Não lhe é dado escolher livremente a sanção. Tem de escolher uma dentre as previstas, caso haja mais do que uma. Não lhe é dado estipular

⁹³ Pode-se gizar que em casos mais complexos, e raros, pode haver duas opções plausíveis de classificação jurídica do fato, conjuntura na qual o julgador, ainda que não confesse, experimenta consultar as penas decorrentes de uma ou outra solução, guiando-se a partir daí. Mas o quadro, sem dúvida, constitui excepcionalidade.

⁹⁴ É importante realçar que, como se sabe atualmente, a subsunção do fato à norma está longe de constituir exercício mecânico, tendo muitas vezes potencial para suscitar, ao contrário, ingentes complexidades. Envolve a construção conceitual da norma, a construção conceitual do fato e a averiguação da correspondência entre uma e outro. Há que se medir, ainda, se a solução enfim encontrada mantém fidelidade ao propósito visado pela norma. Em suma, a “interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte” (ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios**..., op. cit., p. 73).

⁹⁵ Seria supérfluo, para as finalidades pretendidas, aprofundar o estudo da aplicação da pena no direito penal. Mas não custa rememorar que vingou, quanto à fixação da pena privativa de liberdade, o modelo trifásico advogado por Nelson Hungria. O juiz primeiro define a pena-base levando em conta as circunstâncias judiciais, depois incide as circunstâncias legais genéricas atenuantes e agravantes e, por fim, considera as causas de aumento ou diminuição da pena (Cf., p. ex., JESUS, Damásio E. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, cap. LVII).

livremente o volume da penalidade. Tem de se ater ao teto e ao piso predispostos pelo legislador.

Haveria de atingir duas conclusões incontornáveis, aquele que resolvesse se guiar no regime penal para elidir eventuais dúvidas no direito disciplinar. A primeira delas atestaria que o julgador disciplinar tem de escolher entre as reprimendas cominadas ao ilícito, caso hajam opções, não podendo infligir pena imprevista na lei. A segunda certificaria que o art. 128 da Lei 8.112/1990, que expressamente menciona que os parâmetros indicados serão considerados na “aplicação das penalidades”, incide exclusivamente no momento de fixar a pena, modulando-a conforme as circunstâncias, caso ela admita gradação.

Desse ângulo, apenas um desfecho pode ser cogitado à pergunta que baliza a investigação conduzida nesta monografia. A pena disciplinar capital é plenamente vinculada. Ocorrido ilícito por ela cominado nada resta que fazer senão efetivá-la. A lei não defere alternatividade entre demissão e outra pena qualquer. De nada adiante recorrer aos critérios de individualização da pena, porque a demissão não pode ser graduada, é aplicada ou não é aplicada.

Não há nada que compila, entretanto, a adoção das premissas que afloram a partir do estudo da técnica prevista para a definição da reprimenda no direito penal. Convém, assim, prosseguir com o estudo, defrontando a temática agora doutro prisma.

3.2.2 A solução possível no plano legal

À toda evidencia, tem importância saber se o julgador disciplinar dispõe, eventualmente, de latitude discricionária para comutar a pena demissória, sob tais ou quais circunstâncias. Todavia, boa parte da literatura especializada, que já é pouca, se omite diante do problema. Quando a questão é enfrentada, o que se vê são muitas conclusões e poucas razões. Intriga e assusta que não se consiga encontrar um único trabalho que tenha levado a efeito o exercício mais primário, qual seja, o de examinar com detença os dispositivos da Lei 8.112/1990 que regulam o tema.

Vai-se realizar essa atividade, que, em si própria, não é muito desafiadora, nem muito demorada. Mas também é necessário lobrigar quais posições, se é que haja mais que uma, podem ser defendidas com lealdade e fidelidade ao direito legislado. Nesse ponto é relevante, ainda, perquirir se a lei, como positivada, nos seus limites denotativos, alberga leitura pela discricionariedade do ato demissório, em exegese que seria conforme à

Constituição, para o suposto benefício dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Vale investigar, ademais, o que prevaleceria na ideada hipótese de existir um conflito entre a regra do Estatuto e esses princípios, concebidos, para argumentar, como pertencentes ao plano legal.

A Lei 8.112/1990, na verdade, é de rara nitidez ao tratar da matéria, o que talvez explique a generalizada falta de interesse em abordá-la com alguma paciência. Consegue-se vislumbrar apenas dois pontos com potencial de polêmica. O primeiro sugeriria um conflito entre o art. 128, que manda considerar vários parâmetros na aplicação da pena, e a cabeça do art. 132 da Lei 8.112/1990, que determina a inflicção da pena capital nos casos elencados. O segundo colocaria em debate a peremptoriedade desse comando, advogando que se trata, na realidade, de dispositivo de natureza meramente habilitante.

Ambos os impasses, apenas aparentes, são facilmente dirimidos. Não há conflito entre o art. 128 e o art. 132 do Estatuto. O primeiro dispositivo assenta a regra geral, e o segundo determina uma exceção. Devem-se ser considerados, na fixação da pena, os parâmetros explicitados na lei, ressalvadas as hipóteses de demissão, arroladas, *numerus clausus*, pelo legislador. Faz sentido. Não há como considerar as circunstâncias, dados acidentais do delito, se o fato irregular em si, na sua essência, já deva ser punido, conforme a lei, por demissão. O regime, no particular, não chega a ser ruim. Foram destacadas as hipóteses de pena capital, demissão, cassação de aposentadoria ou cassação da disponibilidade, tendo em vista a situação do servidor, se ativo ou inativo. Todos os outros ilícitos, exceto três a que se cominou de plano a pena suspensiva, são passíveis de reprimenda que vai da advertência até a suspensão de noventa dias, faixa em que há evidente espaço para a individualização da pena.

Tampouco pode haver hesitações acerca da peremptoriedade do *caput* do art. 132 da Lei 8.112/1990. O preceptivo usa o verbo “ser”: a demissão *será* aplicada. A alternativa seria o emprego do verbo “poder”. A disposição, como está, encerra uma *ordem*, em vez de uma mera *permissão*, para que a demissão seja aplicada. Chega a ser um tanto ociosa a abordagem do ponto. Por mais que se tente não se acha muito que dizer. A lei, unívoca, fala por si própria.

Não há margem, em discurso honesto e de boa-fé, para o patrocínio de alternativas exegéticas às intelecções expostas acima. Qualquer outra dicção teria de ou transgredir os limites impostos pela denotação da linguagem ou concluir que a lei contém palavras inúteis, violando, num caso e noutro, postulados hermenêuticos conhecidos até pelos neófitos na

ciência. Não se aceita que seja lido “poderá” onde está escrito “será”. Nem que seja dado suficiente alcance ao art. 128 a ponto de tornar letra morta o *caput* do art. 132 do Estatuto. A franca e transparente demonstração da única inteligência possível não obstaculiza que, por deslealdade ou estultícia, prossiga-se esposando alternativas indefensíveis. Mas nada mais pode ser feito, afinal ainda não são conhecidos melhores remédios para esses males.

Noutro passo, constata-se, além do mais, que no ambiente normativo corrente, de *lege lata*, faltam condições para que se faça, de acordo com as diretrizes comumente aceitas, uma dita reinterpretação do direito para que ele fique mais afinado com a Constituição. Essa foi um das frentes argumentativas experimentadas pela tese vencida no Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do MS 15.437/DF, antes examinado. O Ministro Hamilton Carvalhido afirmou em seu voto que embora nos “termos da letra da lei, a sanção obrigatória [fosse] efetivamente a demissão”, haveria que se obrar, em homenagem ao princípio da individualização da pena, e, adicione-se, ao princípio da proporcionalidade, uma “reinterpretação do sistema à luz da Constituição de modo sistemático”.

Por mais que se quisesse o contrário, mesmo que constringendo até a linha do aceitável as regras da boa hermenêutica, não se logra reunir adminículos legitimadores, na hipótese, àquela pretendida exegese supostamente constitucionalizada da legislação ordinária. Ela transgride, na verdade, as raias que delimitam o regular exercício da interpretação conforme à Constituição. Gilmar Mendes leciona que semelhantes limites, que são reconhecidos, inclusive, pela jurisprudência Supremo Tribunal Federal, resultam tanto da expressão textual da lei quanto da vontade do legislador. “A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo com mudança radical da própria concepção original do legislador”.⁹⁶

A pretendida releitura da Lei 8.112/1990 viola, manifestamente, as diretivas da interpretação conforme. Ela não se atém a uma das possibilidades hermenêuticas lididamente defensáveis mercê da ambigüidade da lei, atingindo, ao contrário, conclusão incompatível com o direito legislado. Ela não realiza uma interpretação conforme à Constituição, mas opera uma censura constitucional à norma. Trata-se, verdadeiramente, de controle de

⁹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1192. Como notícia a “Explicação e Dedicatória” da obra, foi Gilmar Mendes quem escreveu os capítulos pertinentes a controle de constitucionalidade, donde foram extraídas as lições transcritas.

constitucionalidade, não de mera revisão exegética da legislação ordinária a partir de vetores constitucionais.

Da perspectiva infraconstitucional, resta esquadriñar apenas uma última possível fragilidade à dicção de que a pena expulsiva é obrigatória quando caracterizada uma das irregularidades enumeradas na lei sob tal cominação. Tem ares plausíveis a cogitação de que há um conflito entre a regra do Estatuto e os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, concebidos, *ad argumentandum tantum*, como pertencentes ao plano legal⁹⁷.

Observa-se com facilidade, entretanto, que deve prevalecer a disciplina regradada na lei, ainda que em tensão, segundo certo ponto de vista, com o modelo ideal extraível dos princípios mencionados. Esses já foram ponderados pelo legislador, presume-se, quando resolveu seleccionar as irregularidades que, independente de qualquer outra consideração, devem ser sancionadas com a pena máxima. Não cabe ao jurista revisar a ponderação realizada no parlamento, a não ser, é claro, que acuse a lei de inconstitucional.

⁹⁷ A atribuição de normatividade aos princípios constitui uma das novas presentes na atual dogmática jurídica (Nesse sentido, p. ex., BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 14 abr. 2010). A ascensão dos princípios vem acompanhada de dificuldades de toda sorte, semânticas, sintáticas e pragmáticas. A relação entre princípios e regras constitui um dos assuntos mal resolvidos. Aliás, o que é um princípio e o que é uma regra? São duas espécies do gênero norma, que também contempla, segundo Humberto Ávila, um *tertium genus*, chamado por ele de postulado, categoria a que se vinculam as metanormas, a exemplo do chamado princípio da proporcionalidade, que servem à aplicação de outras normas. O autor distingue, *grosso modo*, duas correntes doutrinárias em torno da definição dos princípios. Uma delas, tradicional no direito público, surgida no direito administrativo, atesta que os princípios são normas de alta abstração e generalidade, de aplicação influenciável pela subjetividade do intérprete. Nas regras essas características seriam menos acentuadas. Trata-se, portanto, de distinção fraca entre princípios e regras. É dessa concepção que partem as emocionadas declarações acerca da importância dos princípios e de seu papel sistêmico-estruturante. Outra visão, capitaneada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, considera que os princípios são normas aplicadas mediante ponderação, sujeitas a incidência parcial conforme as circunstâncias jurídicas e fáticas, e que, em caso de conflito, limitam-se reciprocamente. Já as regras são normas aplicadas mediante subsunção, de modo tudo ou nada, e que, na hipótese de conflito, exigem a decretação da invalidade de uma delas, ou a criação de uma exceção. Trata-se de distinção forte entre princípios e regras, baseada na estrutura da norma. Humberto Ávila critica, no geral de modo convincente, as duas correntes, apontando inconsistências no bojo de ambas. O publicista desenvolve uma alternativa conceitual para o discrimine entre as modalidades normativas. Para ele, as “regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (**Teoria dos princípios...**, op. cit., p. 78). E os “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (Ibid., p. 78-79). Há ainda os postulados normativos, entre os quais os aplicativos, que “são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas” (Ibid., p. 122).

No ambiente da legislação ordinária, os princípios servem para orientar a interpretação das regras dúbias, especialmente para rechaçar exegeses que lhe contrariem embora fossem toleradas pela denotação do texto, e para balizar a incidência de regras que admitam aplicação graduada. Caso conflitem com uma regra, esta tem de prevalecer, até porque, de resto, ela certamente pode ser colocada sob a tutela de princípio com sinal oposto ao daquele que a julga desfavoravelmente.

Há que se resistir à ingênua, enganada e enganosa percepção, apesar de tudo sobremodo vulgarizada, de que os princípios são mais importantes do que as regras e, assim, violá-los constitui falta mais grave. Esse parecer advém da concepção que identifica nos princípios os alicerces do ordenamento, as vigas mestras do sistema, as bases axiológicas em que se funda o direito. Mas a vontade de enaltecer os princípios impede que se constate a elevada importância das regras e as suas relevantes funções sistêmicas.

Elas abrigam o valor formal da segurança jurídica e, ainda, algum valor substancial específico, atinente à finalidade que lhe é ínsita⁹⁸. Nada mais errado, portanto, vislumbrar carga axiológica apenas nos princípios. As regras, ademais, eliminam ou reduzem problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Não podem ser negligenciadas sem fomentar dificuldades do tipo⁹⁹. Não há hierarquia entre princípios e regras. Cada modalidade normativa tem o seu papel no ordenamento, exerce funções e colima finalidades diversas¹⁰⁰.

Perante uma regra sabe-se, tendencialmente, exatamente o que fazer, conforto que não existe diante de um princípio. As regras são mais inteligíveis e, em vez de não os ter, cristalizam valores, apresentando, ainda, maior grau de pretensão de decidibilidade. Constatase, por essas razões, que a transgressão mais séria é a que espezinha uma regra, não a que menospreza um princípio.¹⁰¹ Enfim, conflitando regra e princípio do mesmo nível hierárquico, é a regra que, ordinariamente, tem de prevalecer. Excepcionalmente, princípios constitucionais podem preponderar sobre regra de mesma estatura, desde que haja razões extraordinárias, aferidas pelo postulado da razoabilidade.¹⁰²

⁹⁸ ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios...**, op. cit., p. 85.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de direito do estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 30 set. 2010, *passim*.

¹⁰⁰ Id., **Teoria dos princípios...**, op. cit., p. 103.

¹⁰¹ Ibid., p. 103-104.

¹⁰² Ibid., p. 105.

De volta ao regime da fixação da pena disciplinar, nota-se que ele contempla um conjunto de regras e um conjunto de princípios. As primeiras reduzem a complexidade e promovem a segurança jurídica. Os segundos servem à superação de eventuais omissões ou contradições, orientando, ademais, a aplicação das regras. Sem recuso ao controle de constitucionalidade, vê-se que a individualização e a proporcionalidade da pena em relação à infração devem ser obtidas, tanto quanto possível, respeitando-se os marcos fixados pelas regras, que, de outro modo, não serviriam para nada. Não se pode, legitimamente, promover um princípio violando uma regra situada no mesmo patamar hierárquico. A operação traduz uma fraude à lei, ao legislador e à democracia.

Sintetizando-se as conclusões alcanças no tópico, consigna-se que a correta e unívoca interpretação dos dispositivos pertinentes da Lei 8.112/1990 certifica o caráter vinculado da pena demissória, que a clareza do texto legal desautoriza realizar uma exegese supostamente conforme à Constituição para então sustentar a opinião oposta, e que os princípios que informam a fixação da pena, quando tomados como pertencentes ao plano infraconstitucional, atuam paralelamente às regras, e não para sobrepujá-las.

Do ponto de vista legal, destarte, chega-se ao parecer de que a demissão, diante de ilícito por ela cominado, tem de ser necessariamente imposta. É o mesmo desfecho a que se chegou quando o problema foi encarado a partir de uma leitura balizada pelo regime penal da fixação da pena. Resta apenas defrontar a matéria da perspectiva constitucional.

3.2.3 Há alguma inconstitucionalidade?

Pode-se alegar que o art. 132 da Lei 8.112/1990 é inconstitucional na interpretação que deflui de sua literalidade. Ao menos algumas das hipóteses previstas, segue o raciocínio, não podem ser punidas com demissão, porque se estaria afrontando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena¹⁰³. Esse argumento circula

¹⁰³ A propósito, que é mesmo esse tal de princípio da proporcionalidade? O observador atento notará que é difícil passar cinco páginas de leitura jurídica sem topar ao menos alguma vez com a expressão “proporcionalidade” ou “proporção”. Dessa ótica o cânone desvela-se como uma espécie de *jus deux ex machina*, nomeando raciocínios muito diferentes, entre os quais uma boa proporção de discursos de questionável idoneidade. É certo, porém, que é possível fazer uso racional do princípio. O primeiro passo é esclarecer o que se quer designar por meio da expressão, precavendo-se dos problemas eventualmente causados pela barafunda terminológica que contamina o assunto. Ora o princípio da proporcionalidade é havido por sinônimo de princípio da razoabilidade, ora um princípio é considerado como componente do outro. A mixórdia continua, embora se consolide aos poucos a convenção de que se deve usar o termo “princípio da proporcionalidade” para aludir à estrutura reflexiva, organizada e amadurecida na doutrina alemã visando ao controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, formada pelos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O teste da adequação avalia se a norma

na doutrina disciplinar. Foi insinuado pelo voto vencido naquele julgamento paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, descrito linhas antes, prolatado no MS 15.437/DF.

Antes de examinar se há, realmente, alguma inconstitucionalidade, faz-se muito necessário jogar os holofotes sobre alguns aspectos quase evidentes, conquanto trivialmente negligenciados. Tem de se levar adiante a digressão, indispensável para que se possa enfrentar o problema posto de modo adequado, em discurso que, certo ou errado, seja controlável intersubjetivamente.

Desde logo se constata que a censura da lei baseada em norma constitucional encerra um fenômeno já vetusto, bastante conhecido, e que tem algum amadurecimento científico, inclusive no Brasil: chama-se controle de constitucionalidade. É isso que se faz, ainda que inconscientemente, quando não se aplica o art. 132 da Lei 8.112/1990 sob o pretexto de atender a comandos emanados da Constituição. Interpretação conforme, já se viu, não tem cabimento. Só pode ser, portanto, controle de constitucionalidade, algo que, de resto, parece bastante nítido.

Urge colocar o problema nesse seu devido lugar, maneando-o, então, conforme as técnicas dogmáticas aplicáveis, com respeito às balizas organizativas e limitativas da censura constitucional das leis. Não vale fazer controle de constitucionalidade de modo dissimulado, aproveitando-se das potencialidades que encerra sem se submeter aos constrangimentos que impõe. A atividade não é para livres pensadores. Não pode ser conduzida segundo o talento de cada qual. Há um conjunto de diretrizes, aceitas amplamente, que organizam a jurisdição constitucional. Entende-se porque seja assim. O controle de constitucionalidade, por natureza contramajoritário, está, sob certo aspecto, em perene tensão com a democracia. Não pode ser realizado por mãos levianas.

restritiva promove o fim almejado. O exame da necessidade verifica se não havia outra opção, menos gravosa ao direito fundamental vulnerado, para o atingimento da finalidade pretendida. E a proporcionalidade em sentido estrito realiza uma ponderação entre os direitos colidentes (Sobre o conceito do princípio da proporcionalidade, consultar, p. ex., BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, cap. II). Para Humberto Ávila, o princípio da proporcionalidade, no sentido examinado, funciona na verdade como postulado, categoria que reúne as metanormas. São espécies de postulados, além da proporcionalidade, a ponderação, a concordância prática, a proibição do excesso, a igualdade, a razoabilidade como equidade, a razoabilidade como congruência e a razoabilidade como equivalência (**Teoria dos princípios...**, op. cit., p. 133 et seq.). Pouco importa quais nomes são utilizados, ressalta o professor, mas tem de se perceber que se trata de exames distintos (Ibid., p. 175-179). Ao que consta, em direito punitivo, usa-se “princípio da proporcionalidade”, na maioria das vezes, para reportar-se, na sistematização de Ávila, à razoabilidade como equivalência, ou seja, à exigência de simetria de grandezas entre critério e medida decorrente, naquele contexto, especificamente, entre o delito cometido e a respectiva sanção.

Várias consequências exsurtem, espontaneamente, da constatação de que é questão de controle de constitucionalidade, indubitavelmente, a negativa de aplicação do art. 132 da Lei 8.112/1990 fundada em princípios constitucionais. Entram em cena aqueles parâmetros, normativos, institucionais e sistêmicos, estruturantes do controle de constitucionalidade.

Não há fugir, por exemplo, da conhecida polêmica relativa à possibilidade de a Administração deixar de aplicar a lei por reputá-la inconstitucional. O tema é sobremaneira controvertido. Ambas as soluções encontram bons supedâneos¹⁰⁴. Julga-se, entretanto, que os melhores respaldos estão com aqueles que negam ao administrador a prerrogativa de negar cumprimento a comando que considere inconstitucional. Vai mal com a separação de poderes, à falta de explícita competência, desprestigiar ato promanado de outro poder¹⁰⁵. O generoso rol de legitimados ao controle concentrado oferece meios a que eventual inconstitucionalidade seja extirpada pelo poder naturalmente encarregado da tarefa, em solução definitiva e uniforme, consentânea com os ideais da igualdade e da segurança jurídica.

Em direito disciplinar, seara na qual não há uma autoridade máxima para centralizar e consolidar interpretações, campearia o mais inaceitável casuísmo, além de coisas piores, caso fosse admitida parcela de jurisdição (sic) constitucional ao administrador¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Até a Carta de 1988 predominava amplamente, em doutrina e jurisprudência, que o chefe do Poder Executivo podia negar cumprimento a lei que avaliasse inconstitucional. Essa inteligência passou a ser questionada no novo marco constitucional, especialmente por causa da vulgarização do controle de constitucionalidade, operacionaliza por meio, v. g., da generosa ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas. Zeno Veloso, revisando a bibliografia sobre a temática, opina que “não é lícito ao Poder Executivo deixar de cumprir a lei por entender que a mesma é inconstitucional. Permitir que este Poder, *ex propria auctoritate*, cancele a eficácia de norma jurídica, porque a reputa contrária a Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode pôr em risco a Democracia, num País em desenvolvimento como o nosso, com tantas e graves limitações e carências, com uma vocação histórica - e até o momento incontrolável - para o autoritarismo, com um Executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no Texto Magno” (**Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 322). Em sentido oposto, Luis Roberto Barroso, averbando que a questão pode surgir no âmbito de quaisquer dos Poderes no desempenho de função administrativa, pondera que sem embargo “da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevalecem” (**O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70). Não se nota a prevalência aludida pelo constitucionalista, que arrola dois autores e um julgado do Superior Tribunal de Justiça para evidenciá-la, participando que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema sob a égide da Constituição Cidadã.

¹⁰⁵ Entende Carlos Ari Sundfeld que a separação de poderes pressupõe a superioridade da lei em relação ao ato administrativo e à sentença: sendo “expressão da vontade geral, a lei impor-se-á ao próprio Estado, quando este se ocupar do Governo e da Justiça. Nisto consiste a superioridade da lei: na virtude de ser superior – e, portanto, de condicionar – aos atos administrativos e às sentenças. Desse modo, estabelecendo-se uma hierarquia entre a lei e os atos de sua execução (atos administrativo e sentenças), criam-se os meios técnicos indispensáveis ao funcionamento da separação dos Poderes” (**Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45).

¹⁰⁶ Abordando a temática sob a perspectiva dos “órgãos administrativos de julgamento”, Hugo de Brito Machado Segundo, depois de examinar as teses em contenda, conclui não ser possível ao administrador declarar a

Fosse como fosse, a autoridade que negar vigência ao art. 132 da Lei 8.112/1990 terá, assim, primeiro de evidenciar que pode fazer controle de constitucionalidade e, depois, demonstrar que o preceito é inconstitucional¹⁰⁷.

O posicionamento do problema no seu lugar próprio, nas quadras do controle de constitucionalidade, também traz decorrências de interesse à atuação do Poder Judiciário, uma delas sobremaneira relevante. A anulação de julgamento disciplinar sob o fundamento de que o art. 132 da Lei 8.112/1990 é inconstitucional ao reprimir com demissão certo ilícito há que ser operada sob a obediência da cediça regra da reserva de plenário, constante da Lei Fundamental: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (art. 97). De passagem, tem de se notar, *data venia*, que a reserva de plenário é iterativamente violada por órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça em processos, especialmente mandados de segurança, que visam ao desfazimento de atos disciplinares. Geralmente de modo velado, mas ocasionalmente às claras, faz-se genuíno controle de constitucionalidade do art. 132 da Lei 8.112/1990, sem a imprescindível remessa da matéria ao órgão especial¹⁰⁸. A tese vencida no julgamento do MS 15.437/DF, aludindo à

inconstitucionalidade da lei, compreensão que, de resto, prevaleceria nas referidas instituições julgadoras, inclusive no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, hoje chamado de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que o estudioso especialmente focaliza (**Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento**. Disponível em: <http://www.temis.com.br/>. Acesso em: 29. abr. 2011). Ao contrário do que se passa com o direito disciplinar, a atuação do indigitado conselho, quanto à legislação tributária federal, poderia estimular um quadro de uniformidade decisória, não havendo estorvo, deste prisma, a que se lhe deferisse avaliar a constitucionalidade da legislação. Se lhe é negada a prerrogativa, a *fortiori* tem que se vedá-la ao julgador disciplinar.

¹⁰⁷ A autoridade julgadora do Poder Executivo terá, obrigatoriamente, bem menos trabalho. Defrontado com algum dos ilícitos mencionados no art. 132 da Lei 8.112/1990, por força dos retro citados pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União, deverá, necessariamente, aplicar a pena demissória. A ele não importa indagar, portanto, se detêm poder para apreciar a constitucionalidade da lei ou se há alguma inconstitucionalidade no mencionado dispositivo. Esses problemas interessam tão-somente às autoridades administrativas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

¹⁰⁸ Os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em processos relativos a direito disciplinar podem ser sistematizados, *grosso modo*, em dois grupos. De um lado, os que lidam com ilícitos capitulados de forma imprecisa, circunstância na qual costuma haver espaço para argumentar, plausivelmente, que houve erro na tipificação do fato, daí tirando-se a base para a invalidação do ato administrativo. Nessa conjuntura, desde que se faça o discurso adequado, que não congloba, p. ex., o recurso ao abusado princípio da proporcionalidade, consegue-se fulminar o julgamento disciplinar sem ter de recorrer a controle de constitucionalidade. Era o quadro, p.ex., do MS n. 19.774/SC (5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 12/12/2005). De outro lado, os que tratam de condutas obviamente amoldadas a infrações de contornos assaz definidos, quando não é viável anular o julgamento disciplinar, nos limites da técnica, sem realizar controle de constitucionalidade. Era esse o panorama do MS 7.261/DF (3ª Seção, rel. Min. Nilson Naves, DJe 24/11/2009), em que o órgão fracionário efetivou, mal disfarçadamente, verdadeiro controle de constitucionalidade da lei, consoante denuncia a própria ementa da assentada, na seguinte passagem: “Ainda que se considerasse típica a conduta da impetrante para os fins do disposto no art. 117, XI, da Lei nº 8.112/90, a pena que lhe foi aplicada fere o princípio da proporcionalidade. Na hipótese, a prova dos autos revela, de um lado, que a servidora jamais foi punida anteriormente; de outro, que o ato praticado não importou em lesão aos cofres públicos”. A conduta era flagrante e perfeitamente típica: o servidor havia funcionado como procurador de terceiros junto ao INSS.

interpretação conforme, na realidade declarava *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 132 da Lei 8.112/1990, na parte em que promete a pena capital para o servidor que perpetrar a infração do art. 117, XI, do Estatuto, que proíbe o servidor de atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, tirante determinadas exceções. O voto do Min. Hamilton Carvalhido registra que, nos “termos da letra da lei, a sanção obrigatória é efetivamente a demissão”, e também, em tom confessional do oposto, que a “Terceira Seção jamais violou a reserva de plenário”.

Ao administrador e ao juiz, no mesmo grau, importa manter em perspectiva outro cânone do controle de constitucionalidade, universalmente aceito: a lei presume-se alinhada à Constituição. Embora ninguém conteste esse ditame, muitos se esquecem do corolário prático dele defluente: é a inconstitucionalidade que tem de ser comprovada argumentativamente, não o inverso. Não tem nenhum valor, portanto, os pareceres que, embora destituídos de idônea evidênciação da descoberta, concluem pela inconstitucionalidade da lei.

Espécie comuníssima dessa retórica inválida atua em dois atos. Primeiro faz uma longa exposição, emocionada e laudatória, sobre determinado princípio, depois conclui que certo dispositivo legal não se aplica, porque contrário ao princípio examinado. Não há nada entre um momento e outro. Da importância do princípio salta-se à imprestabilidade da lei. Fica faltando revelar porque a norma legislada não se harmoniza com o princípio, ou seja, nada se faz para provar a inconstitucionalidade que se identifica. E é nisso mesmo que o desajeitado raciocínio costuma desembocar, ainda que implicitamente. Tenciona operar um controle de regra legal por princípio da Carta, quer dizer, redundar em censura constitucional, que não chega a desfecho hígido, entretanto, porque deixou intocada, no fundo, a presunção de constitucionalidade da lei.

Um exemplo desse tipo de irrita lucubração encontra-se em José Armando da Costa, provavelmente a maior autoridade em direito disciplinar no Brasil. O respeitado estudioso, provando que até os mais capazes cometem erros, sustenta que, malgrado a clareza do art. 132, I, da Lei n. 8.112/1990, ao prever pena demissória para os que cometem crimes contra a Administração Pública, “tal compreensão deverá receber os eflúvios mitigatórios oriundos da bitola imposta pela proporcionalidade. O que significa que nem todos os tipos previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal (Crimes praticados por funcionário público contra a Administração) legitimam a imposição de tal reprimenda”¹⁰⁹. Segundo o professor, a menos que o caso seja particularmente grave, não são puníveis com demissão os crimes de

¹⁰⁹ COSTA, José Armando da, **Direito administrativo disciplinar**, op. cit., p. 500.

peculato culposo, prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa, violência arbitrária e exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado¹¹⁰.

A tese redundante em indisfarçável declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do regulado no art. 132, I, do Estatuto. É aduzida sem nenhuma fundamentação, a não ser que valha como tal mencionar, simplesmente, que o princípio da proporcionalidade integra a legalidade do ato administrativo. Não segue a trinca analítica, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que se lobra no princípio da proporcionalidade. Condena em bloco, com base em um só arrazoado, canhestro ainda por cima, várias normas legais, embora contidas num mesmo dispositivo.

Ora, sem melhores argumentos, ou melhor, à falta de qualquer argumento, acaba valendo a presunção de constitucionalidade da lei. A referência ao princípio da proporcionalidade não serve para desprestigiar norma legislada. Tem de se mostrar, caso a caso, como é que a lei esbarra no princípio. Não se pode rejeitar normas legais em lote. Cada uma das inconstitucionalidades tem de ser demonstrada. O princípio da proporcionalidade tem de ser aplicado, propriamente, percorrendo-se os estágios que comporta. Apenas sob tais diretrizes, com rigor lógico e clareza expositiva, é que o discurso jurídico alcança foros de racionalidade. De outro modo está-se irremediavelmente sob o jugo dos subjetivismos de cada intérprete.

Averbe-se, a propósito, que não há nenhuma flagrante inconstitucionalidade na demissão de servidor que tenha cometido prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa etc. Soaria muito estranho, ao contrário, que esse tipo de comportamento não fosse reprimido com pena capital. O exame perfunctório não sugere abalo à presunção de constitucionalidade da lei. Nada alivia da carga argumentativa que envolve a

¹¹⁰ Ibid., p. 503. Contra a literalidade do preceito, o jurista considera, sem razão nenhuma, que o art. 132, I, alude apenas aos delitos funcionais próprios, não à generalidade dos crimes praticados contra a Administração Pública (Ibid., p. 501). O fato é que a “expressão ‘crimes contra a administração pública’, no CP, refere-se a todo um Título, do qual os arts. 312 a 326 do CP são apenas um Capítulo. Esses artigos tratam dos crimes contra a administração especificamente cometidos por servidores, quando do exercício de sua função pública” (TEIXEIRA, Marcos Salles, **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 333). Assim, os crimes “referidos na Lei nº 8.112/90 são todos, sem exceção, os que se acham catalogados no Código Penal ou em leis extravagantes, que podem ser praticados por servidores contra o Estado” (GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, **Regime disciplinar do servidor público civil da União**, op. cit., p. 60-61). O debate não tem muita relevância, entretanto. Não cabe à Administração apurar crimes, de sorte que se preconiza, para evitar a necessidade de aguardar o trânsito em julgado no âmbito penal, sejam classificados os fatos em tipos funcionais, podendo a esfera administrativa, assim, agir autonomamente (Nessa linha, TEIXEIRA, Marcos Salles, op. cit., p. 333 et seq.). Embora aceitável, essa solução ordinariamente redundante no enquadramento do fato em hipótese mais genérica do que aquela desenhada no âmbito penal e referenciada na Lei 8.112/1990. Há um evidente descompasso, portanto, com o princípio da especialidade na tipificação da conduta, que pode ser tolerado, entretanto, em favor da efetividade da tutela disciplinar e da independência das instâncias.

demonstração de inconstitucionalidade. À míngua de razões que a infirmem, a presunção fica aí resolvendo o assunto, atestando a validade da norma.

Aliás, o art. 132 da Lei 8.112/1990 contém, em qualquer ponto, alguma patente inconstitucionalidade? Por mais que se leia e releia, não se consegue avistar, no plano estritamente abstrato, nenhum manifesto defeito da espécie. Embora não se possa descartar que, sob idônea fundamentação, alguma norma nula venha a ser revelada, a observação ligeira não detecta nenhuma clarividente afronta à Constituição.

Sequer existem, aliás, grandes celeumas em torno do assunto, embora a circunstância possa ser explicada pela pobreza dos estudos em direito disciplinar. Duas hipóteses, porém, costumam semear a discórdia. Muito comumente se afirma, embora nem sempre de modo transparente, que é inconstitucional a previsão de pena demissória ao servidor que “participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário” e ao que “atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro” (Lei 8.112/1990, art. 132, XIII, c/c 117, X e XI, aquele transcrito na redação atual, dada pela Lei 11.784/2008).

As regras, entretanto, não padecem do vício de que são acusadas. O legislador pretendeu, em lance bastante feliz, vedar práticas que criam condições propícias ao cometimento de irregularidades de maior gravidade, como o tráfico de influência, o valimento do cargo e a advocacia administrativa. Trata-se de adiantamento da tutela disciplinar, que avança proibições a condutas que, por si, põe em xeque a credibilidade da Administração, além de virem muitas vezes associadas com ilícitos mais deletérios de difícil comprovação. A antecipação tutelar não traduz nenhuma novidade de técnica legislativa. O direito penal a conhece faz tempo, empregando-a nos crimes de mera conduta, formais, de perigo concreto e de perigo abstrato.

3.3 Epílogo: é vinculada a fixação da pena demissória

Não importa o modo como o problema é abordado, todos os caminhos levam ao mesmo destino. Pode-se estudá-lo pelo prisma analógico penal, examiná-lo no plano da lei, investigá-lo pela ótica constitucional. A conclusão é sempre a mesma: caracterizado ilícito

cominado por pena capital, ao administrador não resta margem discricionária. O ato é vinculado, a pena deve ser aplicada.

Este desfecho não implica, embora possa excitar a falsa impressão, mecanização, insensibilização e petrificação do julgamento disciplinar. Até aqui o assunto foi analisado de perspectiva abstrata, conforme o sacralizado hábito da literatura jurídica nacional. Seu enfrentamento sob a referência da situação concreta, que será feito no próximo capítulo, servirá à breve indicação das soluções dogmáticas aos casos anômalos, que podem, sob coerente discurso, receber tratamento diferente daquele que, à primeira vista, seria o legalmente receitado.

4 Notas sobre os meios dogmáticos ao manejo dos casos excepcionais

A importância do caso concreto constitui uma das recentes (re-)descobertas da ciência do direito. Foram esquecidas as pretensões de normatizar precisamente todas as situações da vida. Pululam as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, as normas em branco. As regras cedem espaço aos princípios, com a sua natural capacidade de atuar com flexibilidade. Não se cogita de uma aplicação mecânica do direito, insciente das finalidades pretendidas na norma. Defere-se maior liberdade para o intérprete levar em conta as circunstâncias particulares, criando a solução justa ao caso¹¹¹. Relembra-se vetustas lições de Aristóteles, para quem a equidade consistiria em adaptar o direito às peculiaridades da situação concreta, que não puderam ser cogitadas quando a lei foi elaborada, já que ela se predispõe, pela própria generalidade, à regulação daquilo que normalmente acontece¹¹².

Nesse contexto metodológico, há espaço para sustentar que a incidência da lei não basta para que ela seja aplicada. Além da decretação da inconstitucionalidade, que fulmina a norma em abstrato, existe a possibilidade de negativa de efetivação da regra que se mostrar constitucionalmente inaceitável diante do caso específico¹¹³. Empregando-se o postulado da

¹¹¹ Como dizia Karl Larenz já faz algumas décadas, a “questão de como é possível ao juiz chegar à decisão justa dos casos, com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa todos os autores modernos da metodologia jurídica.” (**Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 190). Em dogmática não se cogita, como atividade ordinária, resolver as coisas sem a lei. Pelo contrário, a dogmática pauta-se pelo dogma da legalidade em sentido amplo: a legislação é ponto de partida necessário.

¹¹² Cf.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, Livro V. O filósofo pondera: “O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. [...] Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quanto esta é deficiente em razão da sua universalidade” (Ibid., p. 125).

¹¹³ ÁVILA, Humberto, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 6. Para o jurista, com quem se concorda, estas são as duas saídas à superação de uma regra: ou se declara a inconstitucionalidade ou se nega aplicação diante dos particularismos do contexto. Não se cogita de pôr de lado as regras legais para saltar logo ao plano constitucional: “Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita” (Ibid., p. 6). O fazer ouvidos moucos a lei é um dos aspectos atacados por Humberto Ávila na versão do “neoconstitucionalismo” que delineia para em seguida fustigar. O direito emergente, nessa variante neoconstitucional, seria composto por princípios, exigiria ponderação em vez de subsunção, faria justiça particular em vez de justiça geral, e conferiria saliência especial ao Poder Judiciário. Sucede que o ordenamento, na Constituição e abaixo, está repleto de regras, não sendo possível ao jurista ignorá-las para definir outras que, conforme imagina, combinariam mais bem com a Constituição. Partindo daí, o teórico fundamenta a acusação, bastante convincente, de que tal modalidade de neoconstitucionalismo flertaria com um direito da ciência ao invés de fazer ciência do direito.

razoabilidade, concebido no sentido aristotélico de equidade, pode-se concluir, sob ponderosa fundamentação, que as idiosincrasias da situação vertente autorizam negar aplicação à norma¹¹⁴.

Quer dizer, apesar do fato corresponder à hipótese legal, as consequências jurídicas cogitadas abstratamente não devem ser aceitas, já que a sua realização, no excepcional cenário, conduziria a desfecho injurídico. O raciocínio deve evidenciar que o cumprimento da norma é bloqueado por disposição constitucional. Seria uma inconstitucionalidade *in concreto*, no rigor do termo. A norma é abstratamente hígida, mas na espécie sua aplicação é incompatível com a Carta¹¹⁵.

Não há como projetar quais variáveis tornariam uma situação excepcionalíssima, inóspita, portanto, ao cumprimento do preceito geral legislado. Esse inconveniente não chega a ser muito relevante, entretanto. O que importa é constatar que a carga argumentativa está com a tese que nega efetivação ao comando da lei, em princípio aplicável. Isso é que tem de ficar nítido, pois serve para verificar a legitimidade do discurso. Tem de se partir da hipótese de que a lei rege a espécie. A conclusão inversa é que exige especiais razões.

Imagine-se, por exemplo, que um servidor, por homenagem dos filhos, tenha constado do contrato social como gerente de empresa familiar. Prova-se que ele jamais realizou qualquer ato de administração. Sequer pisou no estabelecimento. Ora, em contexto do jaez parece bastante claro que a aplicação do art. 132, XIII, c/c o art. 117, X, conduz a resultado inconstitucional. A norma incide, porém não deve ser aplicada. A conduta é materialmente atípica. O agente não deve sofrer nenhuma punição, muito menos a demissória¹¹⁶.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios...**, op. cit., p. 152 et seq. O autor traça esse discri-me entre incidência e aplicação da norma, desenvolvendo, *grosso modo*, a mesma estrutura analítica que é aqui empregada para solver os aparentes embaraços advindos do reconhecimento de que é vinculada a aplicação da pena disciplinar capital.

¹¹⁵ Fala-se em controle de constitucionalidade *in concreto* para reportar-se à fiscalização empreendida em vista de uma situação concreta (controle difuso, *incidenter tantum*) e em controle *in abstrato* para referir-se à verificação desvinculada de qualquer caso específico (controle concentrado, *principaliter tantum*). Essa terminologia tem os seus problemas, já que ambas as modalidades de controle abordam a norma em tese, quer dizer, em abstrato. Luiz Guilherme Marinoni participa que na “doutrina constitucional norte-americana é conhecida a distinção entre a impugnação da constitucionalidade da lei ‘na sua face’ e ‘como aplicada’ [...] o que revela claramente a separação entre o significado da lei ‘em abstrato’ e o significado da lei ‘diante dos casos concretos’ e a sua importância para o controle de constitucionalidade” (**Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51).

¹¹⁶ Há muitas alternativas de discurso jurídico com potencial de fundamentar o mesmo desenlace. Raramente se alude a controle de constitucionalidade da aplicação da norma, ainda que se faça isso de modo mais ou menos evidente. Pode-se simplesmente negar, v. g., tipicidade material ao fato, mencionando o princípio da insignificância, ou lembrar-se do brocardo *lex magis dixit quam voluit*, seguindo com um arrazoado baseado na teleologia da norma, restringindo o alcance semântico de sua textualidade. Aliás, na hipótese cogitada seria

Essa linha discursiva é tecnicamente apropriada para os ilícitos descritos de modo preciso na lei, quando verificada conduta que corresponda, *prima facie*, à hipótese normatizada, mas que, pela sua excepcionalidade, não pode ser regida pelo comando legal que de outro modo seria aplicado. Além das infrações típicas ou quase típicas, em direito disciplinar, entretanto, há um amplo conjunto de irregularidades previstas na lei de modo acentuadamente impreciso. Para esses casos o problema de garantir justiça na dosimetria da pena disciplinar é muito mais fácil de ser resolvido. Nem existe, a rigor: basta acomodar o evento na *fattispecie* que viabilize a aplicação da pena adequada, argumentando-se, caso necessário nas circunstâncias, que houve erro na tipificação da conduta.

Como ilustração desse tipo de conjuntura, cogite-se que servidor tenha cometido falta grave na realização do serviço, deixando de promover o andamento de processo administrativo, do que resultou atraso no cronograma de licitação. Entre outras possibilidades, a conduta pode ser enquadrada, dependendo das variáveis envolvidas, como violação do dever de exercer com zelo as atribuições do cargo, punível mediante advertência ou suspensão de um a noventa dias (Lei 8.112/1990, art. 129 c/c 116, I), ou como afronta à proibição de proceder de forma desidiosa, cominada com demissão (Lei 8.112/1990, art. 132 c/c 117, XV).

Em situações do gênero, ante a relativa indefinição semântica dos ilícitos ideados na lei, muitas vezes não há como atingir uma tipificação correta sem consultar a pena daí resultante. Alguns casos configuram desídia. Outros materializam déficit de zelo. Acaba subsistindo de entremeio, porém, uma ampla faixa hospitaleira à hesitação, apenas suprimível, no limite, pela averiguação da reprimenda decorrente de uma alternativa ou outra. Panoramas como tais encerram uma autonomia ao intérprete, equivalente, em termos práticos ao menos, à discricionariedade.

O Estatuto contém várias infrações aparentadas entre si, que estabelecem uma gradação entre faltas menos e mais graves, algo que apenas se testifica mediante a checagem da sanção atrelada a cada qual. Além do exemplo já apresentado, veja-se, ainda ilustrativamente, a continuidade de sentido entre o dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição e a proibição de revelar segredo apropriado em razão do cargo. E entre o dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa e a proibição de praticar ato de improbidade administrativa.

plausível o argumento de que o fato sequer é formalmente típico, já que constar como gerente no contrato social é algo diferente do que participar de gerência.

Diante de fatos remissíveis a esses ilícitos coirmãos de vaga hipótese de incidência, não há remédio, nos casos raianos, senão desviar os olhos à sanção para depois retomar e concluir o exercício subsuntivo. Não há como, pela própria natureza das coisas, negando curso à ingenuidade, pretender que em direito disciplinar sempre se proceda como na seara penal, tipificando-se o fato e somente depois, em momento separado, aplicando-se a penalidade. Enquanto houver irregularidades disciplinares gizadas em traços genéricos será impossível, malgrado fosse desejável, sustentar a exigência de pureza no ato de subsunção.

Entendimento semelhante é advogado com frequência na literatura especializada, embora seja enunciado em outra linguagem, que aproveita, como não poderia deixar de ser, o ubíquo princípio da proporcionalidade. Assevera-se, por exemplo, que a saída para evitar injustiças, em face da obrigatoriedade da inflicção da pena demissória nas hipóteses a que a reprimenda foi cominada, é “ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda”. A rigidez da lei deve ser contornada no enquadramento do fato, já que não se admite a comutação da pena capital: “o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão”¹¹⁷.

No hodierno quadro legislativo, a crítica teria apenas dois tópicos para se ocupar ao inquirir essa engenharia dogmática. Denunciaria que falta clareza quanto ao significado atribuído ao princípio da proporcionalidade, deficiência que, de resto, permeia os quatro cantos do reino jurídico. E advertiria que a técnica não serve para desclassificar fatos que indubitavelmente correspondem a ilícitos cogitados em hipóteses fechadas.

¹¹⁷ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de processo disciplinar**. Brasília: Fortium, 2008, p. 137. Toca no mesmo ritmo, *e. g.*, Antônio Carlos Alencar de Carvalho (**Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. Brasília: Fortium, 2008, p. 721) e também Marcos Salles Teixeira, cujas lições, francas e didáticas, merecem ser colacionadas: “E, analogamente ao que já se antecipou [...], quando se estimulou, extensivamente, a comissão a refletir sobre aqueles parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, antes de concluir seu relatório, defende-se também para a autoridade instauradora uma segunda forma de aplicação desse conjunto, agora além da estrita previsão legal. A rigor, pela literalidade do dispositivo legal, os parâmetros ali elencados seriam considerados penas na aplicação das penalidades, ou, seja, após a definição do enquadramento, visto que a definição da pena requer o pré-requisito de já se saber qual o enquadramento adotado para o fato ilícito. Ou seja, esses parâmetros atuariam limitadamente de forma horizontal, apenas quantificando a pena, não possuindo o condão de atuar verticalmente na definição do enquadramento. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares [...] e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível [...] e esses dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, deve a autoridade julgadora aplicar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e nesse rumo julgar da maneira mais justa e equilibrada” (**Anotações sobre processo administrativo disciplinar**, op. cit., p. 411).

Nada impede que essa diretriz seja ignorada, tampouco que, em geral, condutas certamente dignas de pena expulsiva sejam amoldadas em infrações a que não se pode reagir com a reprimenda. O único obstáculo sério a desvios do gênero dependeria de um compromisso para valer com a tutela disciplinar, com a ética e com a justiça. Nas condições presentes, com o homem que aí está, avistar semelhantes inclinações é feito só alcançável pela candura e pela hipocrisia.

Conclusão

Examinou-se nesta monografia o regime da fixação da pena disciplinar previsto no Estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A perquirição dos âmbitos de vinculação e discricionariedade na aplicação das reprimendas disciplinares serviu de fio condutor à investigação, que se concentrou especialmente no exame da pena extrema, buscando uma resposta ao seguinte problema: é vinculada ou discricionária a imposição da penalidade demissória quando constatada falta punível abstratamente com semelhante penalidade?

No primeiro capítulo, foram realizadas as digressões contextuais indispensáveis, referentes ao status jurídico do direito disciplinar e também, já se atendo à Lei 8.112/1990, às infrações capituladas, às penalidades cominadas e aos fatores influentes na fixação da pena. Estas breves digressões objetivaram ambientar o eixo principal da pesquisa. Não tiveram a pretensão, portanto, de exaurir os assuntos sondados, tampouco de atingir conclusões relevantes. Alguns aspectos interessantes afloraram ainda assim, convindo referi-los rapidamente.

Constatou-se que o termo “direito disciplinar” alude a regimes jurídicos muito variados, tendo que haver alguma especificação contextual para que se saiba qual é, realmente, o objeto sob referência. A expressão pode designar o regime disciplinar do servidor, do advogado, do preso, do estudante universitário, do celetista etc. A voz “direito administrativo disciplinar” tem alcance mais delimitado, reportando-se, geralmente, ao regime disciplinar do servidor público estatutário. Muito comumente é tratada como sinônimo de Lei 8.112/1990, quanto às partes alusivas ao assunto, embora a correlação seja equivocada. Existem normas disciplinares em outras leis, aplicáveis a categorias específicas. Estados e municípios, além do mais, dispõe de legislação própria sobre o regime disciplinar de seus servidores.

A Lei 8.112/1990 estatui, no art. 116, um rol de deveres e, no art. 117, lista um conjunto de proibições ao servidor público. Não foi possível avistar o critério lógico que porventura tenha iluminado semelhante organização da matéria. É evidente que o dever implica a proibição da conduta que lhe seja contrária, e que a proibição acarreta no dever de

não praticar o ato descrito. A distinção se resume, a rigor, no modo de formulação lingüística do enunciado normativo.

Notou-se, ademais, que o princípio da legalidade em direito disciplinar adquire contornos próprios, não sendo válido, portanto, guiar-se pelas diretrizes próprias do âmbito penal. Isso se reflete no Estatuto, que, a rigor, não tem “tipos”. É dispensável que os ilícitos funcionais sejam tracejados com a exatidão exigida no direito penal, embora algumas infrações estejam minuciosamente delimitadas. Assim sendo, não há que se exigir a plena correspondência do fato com uma hipótese normativa, ou melhor, freqüentemente não há como fazer com que o exercício de subsunção resulte em encaixe perfeito, afinal a premissa maior não apresenta fronteiras claras. Se não há tipo, não pode haver tipicidade.

Também se averiguou que a lei foi lacônica e atécnica ao disciplinar os fatores influentes na gradação da pena, estipulando que devem ser consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos causados, as circunstâncias e os antecedentes funcionais. O Estatuto não conceituou nenhuma das categorias, nem definiu critérios de preponderância, nem explicitou como e quanto devem repercutir na pena. As soluções doutrinárias são muito diferentes. A insegurança jurídica evidencia o ensejo de reforma legislativa.

No segundo capítulo, já se avançou sobre o terreno central da investigação, não sem antes passar em revista, rapidamente, o cenário atual dos debates em direito administrativo acerca de vinculação e discricionariedade. Aí se percebeu, por exemplo, a importância de manter em perspectiva o caráter sempre relativo da discricionariedade, que é adstrita aos aspectos apontados na lei, que deve obediência à finalidade da norma, que pode esmaecer diante da situação concreta.

A inquirição dos âmbitos de vinculação e discricionariedade na fixação da pena disciplinar seguiu um itinerário organizado conforme o grau de controvérsia e dificuldade de cada ponto. Inicialmente foram analisadas as questões relativamente pacíficas, seguindo-se breve exposição acerca da possibilidade de entrever espaço discricionário na contextura aberta das infrações disciplinares. Foram identificadas e examinadas as zonas de discricionariedade, discernindo-se, por exclusão, o que se sujeita ao regime vincular. O ponto mais intrincado, sobre a pena demissória, ficou para o capítulo terceiro.

Fora de maiores controvérsias, foram identificadas três hipóteses de discricionariedade na fixação da pena disciplinar. São casos reconhecidos pela doutrina generalizadamente, embora haja algumas vozes dissonantes. Constatou-se, em primeiro lugar,

que o julgador disciplinar deve modular, fundadamente é claro, a extensão da pena suspensiva, incumbência para a qual não encontra na lei senão alguns vagos parâmetros. Em segundo lugar, detectou-se a autorização legislativa para que o administrador substitua, quando houver conveniência para o serviço, a suspensão por multa incidente sobre a remuneração. Essa é única hipótese, ao que parece, que qualquer referencial teórico aceitaria como sendo caso de discricionariedade, tirante a percepção, que soa mui extravagante, de que a conveniência do serviço também seja matéria de interpretação meramente. Em terceiro lugar, avistou-se, em leitura que rende alguma maleabilidade ao julgamento disciplinar, que a advertência pode ser acerbada para suspensão, sempre mediante rigorosa fundamentação, naturalmente.

Ainda no capítulo segundo, tocou-se a difícil questão de saber se a existência de ilícitos capitulados de forma fluida, muitas vezes mediante o uso de conceitos vagos, encerra eventualmente alguma discricionariedade ao trabalho de subsunção desenvolvido pelo julgador disciplinar. A doutrina especializada na área, quase que unanimemente, reconhece discricionariedade no panorama. É justamente nisso, aliás, que se fixam as apreciações que alardeiam o caráter discricionário do poder disciplinar.

Seguiu-se a orientação tradicional, com ressalvas importantes, anotando-se que a questão, na verdade, é bastante espinhosa. Remete à celeuma relativa à eventual existência de discricionariedade em decorrência do emprego de conceitos jurídicos indeterminados em dispositivos legais. As lucubrações que forem feitas sobre a discricionariedade porventura defluente da vagueza dos ilícitos disciplinares acaba sendo não mais do que a reprodução, em capítulo específico da disciplina, daquela cizânia geral ao direito administrativo.

No terceiro capítulo, que constitui o âmago da monografia, lidou-se com o tópico mais tormentoso referente ao julgamento disciplinar, alusivo ao caráter, vinculado ou discricionário, da fixação da penalidade capital.

Inicialmente foi elaborado um minucioso relato, baseado na doutrina e na jurisprudência, acerca da polêmica que envolve o assunto e das razões que embasam as correntes em liça. Pela obrigatoriedade da demissão, por um lado, argumentam os que se ancoram, especialmente, no caráter decisivo da cabeça do art. 132 da Lei 8.112/1990 e no princípio da legalidade. Pela facultatividade da pena capital, por outro lado, arrazoam os que se apegam aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Conhecido e relatado o problema, esquadrihados os alicerces das teses confrontantes, passou-se então ao exame analítico do assunto a partir de três diferentes pontos de vista, donde surgiram os adminículos teóricos que sustentam o deslinde alfim atingido.

Empreendeu-se uma incursão, em primeiro lugar, à técnica da fixação da pena no direito penal, exercício analógico pelo qual se detectou, uma vez confirmado o sentido que se pode atribuir à expressão “aplicação da penalidade”, que quem resolvesse se guiar no regime criminal para elidir eventuais dúvidas no direito disciplinar haveria de atingir duas conclusões incontornáveis. A uma, atestaria que o julgador disciplinar tem de escolher entre as reprimendas cominadas ao ilícito, caso haja opções, não podendo infligir pena imprevista na lei. A duas, certificaria que o art. 128 da Lei 8.112/1990, que expressamente menciona que os parâmetros indicados serão considerados na “aplicação das penalidades”, incide exclusivamente no momento de fixar a pena, modulando-a conforme as circunstâncias, caso ela admita gradação. Desse ângulo, portanto, apenas um desfecho pode ser cogitado à pergunta que baliza a investigação conduzida na monografia. A pena disciplinar capital é plenamente vinculada. Ocorrido ilícito por ela cominado, nada resta que fazer senão efetivá-la.

Em segundo lugar, laborou-se algo que se considera tão básico como essencial em discursos normativos que queiram ser dignos de pleitear os méritos reconhecidos no respeito à legalidade e ao Estado democrático de direito. Preferiu-se festejar esses valores, ainda que correndo o risco de ficar de fora das modas que pululam nestes tempos pós-positivistas. Examinou-se pormenorizadamente, assim, o que a legislação infraconstitucional tem a dizer sobre o caráter, vinculado ou discricionário, da inflição da pena demissória. Buscou-se, antes de tudo, discriminar as exegeses plausíveis nos limites semânticos impostos pelo texto legal, verificando, inclusive, a idoneidade de pareceres que se apresentam como reinterpretações inspiradas por diretrizes constitucionais.

Restou apurado que não pode haver hesitações acerca da peremptoriedade do *caput* do art. 132 da Lei 8.112/1990. O preceptivo usa o verbo “ser”: a demissão *será* aplicada. A alternativa seria o emprego do verbo “poder”. A disposição, como está, encerra uma *ordem*, em vez de uma mera *permissão*, para que a demissão seja aplicada. Chega a ser um tanto ociosa a abordagem do ponto. Por mais que se tente, não se acha muito que dizer. A lei, unívoca, fala por si própria. Do ponto de vista legal, destarte, logrou-se o mesmo desfecho havido na avaliação guiada pelo regime penal. A demissão, diante de ilícito por ela cominado, tem de ser necessariamente imposta. Ainda nesse passo, averiguou-se, bem assim, que no

ambiente normativo corrente, de *lege lata*, faltam condições para que se faça, de acordo com as diretrizes comumente aceitas, uma dita reinterpretação do direito para que ele fique mais afinado com a Constituição. As proposições que assim se apresentam fazem, na verdade, controle de constitucionalidade, já que não se atêm a uma das possibilidades hermenêuticas lidimamente defensáveis mercê da ambigüidade da lei. Atingem, em vez disso, conclusão incompatível com o direito legislado.

Em terceiro lugar, perquiriu-se a Lei 8.112/1990 com o propósito de identificar eventuais inconstitucionalidades flagrantes nas disposições em que comina a penalidade máxima como retribuição para certas faltas. Aqui o estudo foi perfunctório e fragmentário, acomodado às ambições da monografia. Não se conseguiu sentir nenhuma manifesta eiva da espécie. Embora não se possa descartar que, sob idônea fundamentação, alguma norma inconstitucional venha a ser revelada, a observação ligeira não lobrigou nenhuma clarividente afronta à Constituição. Sequer existem, aliás, grandes debates a propósito, embora a circunstância possa ser explicada pela pobreza dos estudos em direito disciplinar. Por essas alturas foram aludidas as particularidades, discursivas e institucionais, inerentes ao exame de constitucionalidade. Não se tem dúvidas de que a norma viciada deve ser rejeitada, mas semelhante operação deve suportar os encargos que lhe são próprios. Não vale fazer controle de constitucionalidade à sorrelfa para se desviar do dever de provar que o administrador pode levar adiante a empreitada, da necessidade de respeitar a reserva de plenário, e do ônus de superar argumentativamente a presunção de hígidez desfrutada pela lei.

Enfim, não importa o modo como o problema é abordado, todos os caminhos levam ao mesmo destino. Pode-se estudá-lo pelo prisma analógico penal, examiná-lo no plano da lei, investigá-lo pela ótica constitucional. A conclusão é sempre a mesma: caracterizado ilícito cominado por pena capital, ao administrador não resta margem discricionária. O ato é vinculado, a pena deve ser aplicada. Essa é, em suma, a resposta ao problema que motivou a presente monografia.

No capítulo quarto, foram sugeridas as saídas dogmáticas capazes de subministrar, com rigor técnico, soluções justas aos casos anômalos. O desenlace atingido na pesquisa não acarreta, embora possa excitar a falsa impressão, na mecanização nem na insensibilização do julgamento disciplinar. Diante de situação concreta excepcional, pode-se rechaçar, sob ponderoso arrazoado, a conclusão que seria, *prima facie*, imposta pela lei. Nega-se pontualmente efetivação à regra, que, embora constitucional, não pode reger o caso particular idiossincrático, porque produziria decisão inconstitucional.

O postulado da razoabilidade, concebido no sentido aristotélico de equidade, estrutura semelhante raciocínio, que é apropriado para os ilícitos descritos de modo preciso na lei, quando verificada conduta que, à primeira vista, corresponde à hipótese normatizada. Além das infrações típicas ou quase típicas, em direito disciplinar, entretanto, há um amplo conjunto de irregularidades previstas na lei de modo acentuadamente impreciso. Para esses casos o problema de garantir justiça na dosimetria da pena disciplinar é muito mais fácil de ser resolvido. Nem existe, a rigor: basta acomodar o fato na hipótese que viabilize a aplicação de pena adequada.

Embora mantida certa fidelidade às diretrizes canônicas da dogmática jurídica, pretendeu-se nesta monografia, além de verter algumas lucubrações de inclinação zetética, realizar um trabalho autoral propriamente. Originalidade não houve, mas se imagina que alguns pontos de vista autênticos surgiram aqui e ali. Ao menos não se teve receio de lançar, com as devidas vênias naturalmente, as ponderações críticas que soaram pertinentes e justas. Deve ter alcançado algum sucesso o propósito de evitar certos vícios comuns no monografista jurídico nacional, que adora colecionar citações e fazer glosas insípidas. Conta positivamente que se tenha exaurido, salvo engano, a bibliografia jurídica, pouca é verdade, que enfrenta o específico assunto examinado no trabalho.

Com boa vontade, enfim, quiçá seja possível encontrar algumas virtudes. As deficiências são mais fáceis de identificar. Todas são de exclusiva responsabilidade do autor do trabalho. Fazendo jus às suas limitações, faltou com clareza em alguns momentos, deixou de apresentar alguns conteúdos contextuais importantes, sustentou algumas posições com pouca pesquisa. O *mea culpa* encontra especial objeto na constatação de que, conforme se desconfia, o tema teria sido mais bem manejado caso se deixasse de lado o recurso ao tradicional, mas cansado, discrimine entre vinculação e discricionariedade.

Apesar dos pesares, tem-se que a monografia, na medida em que cumpriu satisfatoriamente os seus objetivos, oferece uma colaboração que, conquanto modesta, tem a capacidade de ajudar na profilaxia dos males derivados do cenário de incertezas que assola a aplicação da pena disciplinar capital. À segurança jurídica e à justiça disciplinar terá prestado bons serviços à proporção que venha a desencorajar soluções casuísticas, frustrar pretensões corporativas, prevenir julgamentos sentimentais, e adversar a impunidade com que os poderosos estão acostumados.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, Livro V.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de direito do estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 30 set. 2010.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 14 abr. 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar de. A interpretação da parte final do art. 129 da Lei n. 8.112/1990: caráter discricionário da pena de suspensão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 57, 30/09/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2011.

_____. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. Brasília: Fortium, 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1966.

COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DENYS, Debora Vasti S. Bomfim; LINS, Adriane de Almeida. **Processo administrativo disciplinar**: manual. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JESUS, Damásio E. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LESSA, Sebastião José. **Temas práticos de direito administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LIMA, Vicente Ferrer Correia. **Ensaio jurídico sobre o processo ou inquérito administrativo**. Brasília: DASP, 1969.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento**. Disponível em: <http://www.temis.com.br/>. Acesso em: 29. abr. 2011.

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de processo disciplinar**. Brasília: Fortium, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/>, sob o título “Manual de PAD - Apostila de Texto”. Acesso em: 12 mai. 2009, versão de abr. 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.